# EXPLICACION HISTÓRICA

DE LAS

# INSTITUCIONES

## DEL EMPERADOR JUSTINIANO,

CON EL TEXTO, LA TRADUCCION AL FRENTE Y LAS EXPLICACIONES DEBAJO DE CADA PÁRRAFO,

PRECEDIDA DE

LA HISTORIA DE LA LEGISLACION ROMANA,

DESDE SU ORIGEN HASTA LA LEGISLACION MODERNA,

Y DE UNA

GENERALIZACION DEL DERECHO ROMANO,

SEGUN LOS TEXTOS CONOCIDOS ANTIGUAMENTE Ó MAS RECIENTEMENTE DESCUBIERTOS,

POR

**M. ORTOLAN,**

PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE PARÍS.

NOVÍSIMA QUINTA EDICION REVISADA Y AUMENTADA,

TRADUCIDA POR LOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO PEREZ DE ANAYA

Y

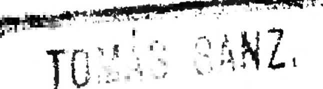
D. MELQUIADES PEREZ RIVAS.



TOMO II.

**LIBROS III Y IV DE LA INSTITUTA.**

MADRID,
LIBRERÍA DE **D. LEOCADIO LOPEZ,** EDITOR,
calle del Cármen, número 13.
1884.



MADRID, 1884.—Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de Rivadeneyra,
impresores de la Real Casa.
Paseo de San Vicente, número 20.

# EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

# INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

## LIBRO TERCERO.

### TITULUS I.

DE HEREDITATIBUS QUÆ ABINTESTATO DEFERUNTUR.

### TITULO I.

DE LAS HERENCIAS DEFERIDAS ABINTESTATO.

Sabemos por principio general que en el derecho romano no podia nunca haber á un mismo tiempo herencia testamentaria y herencia regular por la ley. Esta última no podia existir sino á falta de otra; por consiguiente, cuando el difunto hubiese muerto absolutamente intestado.

¿En qué casos se moria *intestado?*

¿En qué tiempo se abria la sucesion *abintestato?*

¿En qué tiempo debian considerarse la capacidad, la cualidad y el grado de los herederos *abintestato?*

Estas son tres cuestiones preliminares que se aplican á todas las clases de herencias *abintestato*, y acerca de las cuales es preciso ante todo dar las reglas del derecho romano.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

Muere *intestado* aquel que no ha hecho absolutamente ningun testamento, ó ninguno válido, ó cuyo testamento ha sido roto, inútil, ó no ha producido ningun heredero.

La circunstancia de que alguno muera intestado puede ocurrir,

dice Teófilo, ó de hecho ó de derecho: de hecho, si ha muerto sin haber dejado ningun testamento; de derecho, si ha dejado uno que no ha sido admitido por el derecho, ya porque habiendo sido hecho de un modo irregular, desde el principio ha parecido como nulo este testamento, ya porque posteriormente ha sido roto por la agnacion ó por la cuasi-agnacion de un heredero suyo, anulado como inoficioso, hecho inútil por la variacion de estado del testador, extinguido por efecto de incapacidad, ó abandonado por consecuencia de la negativa de todos los herederos instituidos.

La segunda regla que debe observarse es que la herencia *abintestato* no se abre desde la muerte del difunto, sino sólo desde el momento que hay certeza de no haber herencia testamentaria: «*Eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse*» (1); si, pues, el difunto no ha hecho ningun testamento, ó si su testamento era nulo desde el principio, ó si ha sido roto, inútil ó inválido de un modo cualquiera ántes de su fallecimiento, en todos estos casos se abrirá la herencia *abintestato* en el momento mismo del fallecimiento, porque desde este momento hay certidumbre de que no habrá herencia testamentaria. Mas si el testamento válido todavía el dia del fallecimiento, con posterioridad ha parecido nulo, extinguido ó abandonado, como, por ejemplo, por causa de inoficiosidad, de posterior incapacidad de los herederos ó de repudiacion, en todos estos casos la herencia *abintestato* sólo se abrirá ó principiará desde el dia en que hayan tenido lugar estos sucesos, y en que haya llegado á ser cosa cierta de que no habria ningun heredero en virtud del testamento (*quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem extiturum*) (2).

La tercera regla, que es consecuencia de la anterior, consiste en que para terminar cuáles son los herederos llamados *abintestato*, es preciso considerar su existencia, su capacidad, su cualidad y su grado, no ya en el dia de la muerte del difunto, sino en el dia de la apertura de su sucesion *abintestato*, cuya apertura puede tener lugar, como acabamos de ver, mucho tiempo despues del fallecimiento; de donde se deduce que puede suceder que personas que sean los pretendientes más próximos *abintestato* en el dia del fallecimiento, no sean herederos en el dia de la apertura, si en el in-

(1) Véase en adelante § 7.
(2) Véase en adelante tit. 2. § 6.

tervalo indicado han muerto ó se han hecho incapaces; y, por el contrario, que los herederos *abintestato* en el dia de la apertura sean parientes que no eran llamados por su clase en el dia del fallecimiento (1).

Pero si no es necesario en este caso que los herederos *abintestato* sean los más próximos en grado en el dia de la muerte del difunto, siempre es indispensable que hayan nacido ó sido al ménos concebidos en este tiempo. Porque si han sido concebidos despues de la muerte del difunto, nunca se han hallado con él en esta vida, ni nunca han podido considerarse como ligados con él en la tierra por ningun vínculo, pues el uno ya no existia cuando el otro principió á vivir: no pueden tener ningun derecho á su sucesion *abintestato*, áun cuando se hallasen en primer lugar en el momento de de abrirse dicha sucesion (2).

Establecidas estas reglas preliminares, llegamos al órden de los herederos *abintestato*. Acerca de esto tenemos que examinar con el texto cuatro sistemas sucesivos, que se modifican sucesivamente: la legislacion de las Doce Tablas, el derecho pretoriano, las constituciones imperiales anteriores á las de Justiniano, y en fin, las de este último.

I. Intestatorum auten hereditates ex lege Duodecim-Tabularum primum ad suos heredes pertinent.

1. La herencia de los intestados, segun la ley de las Doce Tablas, pertenece primero á los herederos suyos.

La ley de las Doce Tablas establecia dos órdenes de herederos: 1.°, los herederos suyos; 2.°, los agnados. No se pasaba al segundo órden sino en defecto del primero. En ciertos casos y para ciertas personas habia, despues de los agnados, un tercer órden, el de los *gentiles*: «*Intestatorum hereditas*, dice Paulo en sus sentencias, »*lege Duodecim-Tabularum primum suis heredibus deinde agnatis,* »*et aliquando quoque gentibus deferebatur*» (3). En nuestra *Historia de la legislacion romana* hemos copiado acerca de esta materia el texto de las Doce Tablas, tal como ha llegado á nosotros, segun el testimonio de Ulpiano.

Examinarémos sucesivamente cada uno de dichos órdenes, principiando por los herederos suyos.

(1) Véase en adelante tít. 2. § 6.
(2) Verémos la aplicacion de este principio en el § 8.
(3) Paul. Sent. 4. 8. 3.



Respecto de ellos tendrémos que ver qué personas eran llamadas en este órden : 1.°, segun la ley de las Doce Tablas; 2.°, segun el derecho pretoriano; 3.°, segun las constituciones imperiales anteriores á Justiniano ; y 4.°, segun las de este último.

*Herederos suyos segun la ley de las Doce Tablas.*

II. Sui autem heredes existimantur, ut supra diximus, qui in potestate morientis fuerint: veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quæ super his positæ sunt tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, ex ea liberos sustulerit; postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit et filios vel filias habuerit, non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores qui et eis qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse; sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id

2. Son herederos suyos, como ya hemos dicho, aquellos que, á la muerte del difunto, se hallaban bajo su potestad, como el hijo, la hija, el nieto ó la nieta habidos de un hijo; el biznieto ó la biznieta habidos de un nieto, que él mismo habia sido de un hijo : poco importa que los descendientes sean naturales ó adoptivos. Entre ellos deben tambien contarse los que no proceden de justas nupcias, pero que por su dacion á las curias de las ciudades, segun el tenor de las constituciones imperiales, adquieren los derechos de herederos suyos, como tambien aquellos á quienes se refieren las constituciones por las cuales hemos ordenado que si alguno, habiendo vivido con alguna mujer, sin intencion al principio de casarse con ella, pero que sin embargo fuese tal, que pudiese aquél tomarla por mujer, y si habiendo tenido hijo, ocurriéndosele despues la intencion de casarse, extiende con la misma las actas nupciales, y tenga hijos ó hijas, no sólo tendrá como hijos legítimos bajo su poder paterno á los nacidos despues de la constitucion de la dote, sino tambien á los anteriores, que han proporcionado á los segundos ó posteriores la ocasion de su legitimidad. Lo que debe tener lugar áun cuando no hubiese nacido ningun hijo despues de la formacion del acta dotal, ó que los nacidos despues hubiesen todos fallecido ántes. Sin embargo, los nietos ó nietas, biznietos ó biznietas, sólo se hallan en el número de los herederos en el caso de que la persona que los preceda haya dejado de estar bajo la potestad del ascendiente, ya por haber muerto, ya por cualquiera otra causa, como, por ejemplo, por emancipacion. Porque

tempus quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

si á la muerte de un ciudadano se halla todavía su hijo bajo su potestad, el nieto habido de este hijo no puede ser heredero suyo, y así sucesivamente respecto de los demas descendientes. Los póstumos que hubiesen nacido en vida del ascendiente, habrian nacido bajo su potestad, y son igualmente herederos suyos.

La inteligencia de este párrafo debe ser clara para nosotros, segun lo que hemos dicho ántes acerca de la patria potestad (t. I, p. 90), acerca de los herederos suyos (t. I, p. 621) y acerca de los póstumos (t. I, p. 170 y 546). Así, pues, que el poder paterno provenga de justas nupcias, de adopcion ó de legitimacion, por oblacion á la curia ó por subsecuente matrimonio, poco importa; los hijos sometidos á dicho poder en el momento del fallecimiento y los primeros en el órden, son herederos suyos del difunto.

III. Sui autem etiam heredes ignorantes fiunt, et licet furiosi sint heredes possunt existere : quia quibus ex causis ignorantibus nobis adquiritur, ex his causis et furiosis adquiri potest, et statim a morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.

3. Los herederos suyos se hacen herederos áun sin saberlo, y aunque sean locos, porque todas las causas que nos hacen adquirir sin saberlo, hacen tambien adquirir á los locos, y porque, muerto el padre, hay en algun modo inmediata continuacion del dominio. De donde se deduce que no son necesarios ni á los pupilos la autorizacion del tutor, ni al loco el consentimiento del curador para la adquisicion de la herencia, que se verifica sin saberlo y de pleno derecho.

Ya nos es conocida esta regla (t. I, p. 621 y siguiente). Es preciso aplicar aquí todo lo que ya hemos dicho acerca de la inmixtion y abstencion de los herederos suyos.

IV. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur : veluti si ab hostibus reversus qui fuerit post mortem patris. Jus enim postliminii hoc facit.

4. A veces el hijo, aunque no se hallase bajo la potestad del padre en el momento de su muerte, se hace, sin embargo, heredero suyo; como, por ejemplo, el que vuelve de poder del enemigo despues de la muerte del padre, porque tal es el efecto del postliminio.

Sabemos que los derechos del cautivo se hallaban simplemente en suspenso, pero no rotos, y que por efecto del *postliminium*,

terminándose la suspension, quedaban los derechos restablecidos en su integridad (t. I, p. 155).

V. Per contrarium autem evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat : veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit *perduellionis reus*, ac per hoc *memoria ejus damnata fuerit*. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.

5. Por el contrario, puede acaecer que un hijo, aunque estuviese en la familia á la muerte del padre, no llegue á ser, sin embargo, heredero suyo; por ejemplo, si el padre, despues de su muerte, ha sido juzgado *culpable de delito de alta traicion* y *su memoria condenada* por este crímen. En efecto, no puede haber heredero suyo, pues el fisco le ha sucedido. Sin embargo, puede decirse que de derecho hay un heredero suyo, pero que deja de serlo.

*Perduellionis reus*. Aquí se trata del crímen de alta traicion, contra el Estado ó el príncipe (1).

*Memoria ejus damnata fuerit*. La acusacion de alta traicion, dice Teófilo bajo este párrafo, se diferencia de los demas procedimientos criminales en que todos se extinguen por la muerte del criminal, miéntras que la acusacion de alta traicion se ejerce hasta contra los muertos. Esta reflexion nos suministra la ilustracion de nuestro párrafo. En efecto, cuando un ciudadano era condenado á la deportacion ó á la esclavitud de la pena y sufria de esta manera la media ó la grande disminucion de cabeza, este hecho no abria su sucesion en beneficio de sus herederos, sino que todos sus bienes eran confiscados y trasladados al fisco (2). En cualquier otro crímen que no fuese el de alta traicion podia suceder una de dos cosas : ó el acusado moria ántes de la condenacion, y entónces los procedimientos quedaban sin efecto, moria en la integridad de sus derechos (3), su sucesion se abria y sus herederos la recogian; ó la sentencia era pronunciada en vida suya, y entónces ántes de su muerte, por efecto de dicha sentencia, quedaba disuelta su familia y se extinguian su patria potestad y todos sus demas derechos; no habia ya, respecto de él, sucesion, sino confiscacion de sus bienes. Si, por el contrario, se trataba del crímen de alta traicion, podia suceder que el culpable muriese ántes de ningun procedimiento. En este caso, en el momento de su muerte se hallaban

(1) Dig. 48. 4. 11. f. Ulp.
(2) Cod. 9. 49. 2. 4 y 6.
(3) Dig. 48. 4. 11.

todavía en el ejercicio de todos sus derechos; sus hijos se hallaban en aquel momento bajo su poder, en su familia, *in familia defuncti mortis tempore*, como dice el texto; su sucesion se abria, sus herederos suyos ú otros eran llamados, y sin embargo, ocurriendo despues la acusacion de alta traicion y siendo condenada su memoria, la sentencia producia un efecto retroactivo, llevando consigo la confiscacion de sus bienes, sucediendo que sus hijos, aunque estuviesen todavía bajo su potestad y en su familia en el momento de su muerte, no eran sus herederos suyos; ó mejor dicho, lo habian sido segun el derecho; pero dejaban de serlo por consecuencia de la sentencia pronunciada contra la memoria del difunto (*ipso jure suum heredem esse, sed desinere*).

VI. Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter; ad hereditaten avi vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione, et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes et proneptes in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est *non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi* : ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si ex duobus filiis nepotes neptesve extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia.

6. Cuando existe un hijo ó una hija, con un nieto ó una nieta habidos de otro hijo, son llamados juntamente á la herencia del abuelo, y el más próximo en grado no excluye el más distante. La equidad aconseja, en efecto, que los nietos y las nietas sucedan en el lugar de su padre. Por la misma razon, si existen un nieto ó una nieta habidos de un hijo, con un biznieto ó una biznieta habidos de un nieto, son llamados conjuntamente. Una vez admitido que los nietos, nietas, biznietos y biznietas sucedan en lugar de su padre, ha parecido consiguiente que la herencia se divida *no por cabezas, sino por estirpes;* así el hijo tendrá la mitad de la herencia, y los descendientes de otro hijo, sean dos ó más, tendrán la otra mitad. De la misma manera si no quedan más que nietos ó nietas habidos de dos hijos, como, por ejemplo, uno ó dos por una parte y tres ó cuatro por otra, aquéllos, sean uno ó dos, tendrán la mitad; y éstos, sean tres ó cuatro, la otra mitad.

*Non in capita sed in stirpes hereditatem dividi.* La distincion es entre la particion por cabezas, y la particion por estirpes ó troncos. La primera tiene lugar si no hay más que herederos suyos en primer grado, hijos ó hijas sin distincion, con tal que todos se hallen bajo la potestad del difunto. Se hacen tantas partes iguales

como cabezas, es decir, herederos; y cada cabeza, es decir, cada heredero, tomaba la suya.

La particion por troncos ó estirpes tiene lugar si entre los hijos que corresponden al primer grado hay algunos que hayan muerto ántes de abrirse la sucesion *ab intestato*, dejando hijos en la familia. En este caso tomarán estos hijos para todos ellos, y partirán entre sí, la parte que su padre habria tomado si hubiese vivido. Aquí no se hacen, pues, tantas partes iguales como cabezas hay de herederos, sino que cada hijo en primer grado es considerado en la familia como un tronco de donde proceden nuevas ramas : se hacen tantas partes iguales como troncos, y cada parte se adjudica en cada tronco ó estirpe, ya al jefe si todavía existe, ya á las ramas que ha dejado, si ha muerto ántes de abrirse la sucesion.

La particion por estirpe tiene igualmente lugar, ya queden á un tiempo hijos ó hijas en primer grado y descendientes de otros hijos muertos ántes, ya que los hijos y las hijas en primer grado hayan todos muerto, y no queden más que los descendientes de los hijos. Desde el momento que se llega en la sucesion á estos descendientes, es decir, á las ramas de uno ó muchos troncos, es absolutamente necesario que la particion se haga por troncos ó estirpes.

Observemos que el texto, siempre que habla aquí de los nietos ó nietas, biznietos ó biznietas, etc., llamados como herederos suyos á la particion por estirpe, expresa siempre que descienden de varon : *ex altero filio; ex nepote; ex duobus filiis.* En efecto, sabemos que las mujeres que se hallan en la familia son en ella herederos suyos, pero no sus hijos, que no entran en la familia materna.

VII. Cum autem quæritur an qui suus heres existere possit, eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus; et filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias,

7. La época que debe considerarse para saber si alguno puede ser heredero suyo es aquella en que ha llegado á ser cierto que el difunto ha muerto sin testamento; lo que comprende el caso de que su testamento haya sido abandonado. Así, habiendo un abuelo dejado á su hijo desheredado y á un extraño instituido, y habiendo muerto el hijo, si con posterioridad de esta muerte llega á ser cosa cierta que, ya por no admision, ya por imposibilidad, deja el instituido de ser heredero en virtud del testamento, será el nieto heredero del abuelo, porque al tiempo en que se hace cierto que el jefe de

solus invenitur nepos : et hoc certum est.

familia habia muerto intestado, sólo existe el nieto, y esto no admite ninguna duda.

Hemos establecido la aplicacion de este principio general poco há, relativamente á la época en que deben considerarse la capacidad y el grado de los herederos *ab intestato*. En el ejemplo citado en el texto no era el nieto el heredero más próximo en el dia del fallecimiento, porque en este tiempo era precedido por su padre; pero como la sucesion *ab intestato* no se ha abierto sino con posterioridad, cuando el testamento que existia se ha hecho inútil por la falta del instituido, y como en esta segunda época el nieto, habiendo perdido á su padre, ha quedado el primero en grado, es el heredero suyo.

VIII. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. *Sic nec ille est inter liberos avi*, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sint quantum ad hereditatem liberi, *neque bonorurum possessionem* petere possunt quasi proximi cognati.

*Hæc de suis heredibus.*

8. Y aunque haya nacido despues de la muerte del abuelo, con tal que haya sido concebido en vida suya, el nieto, por la muerte de su padre, y por el abandono posterior del testamento del abuelo, se hace heredero suyo. Bien entendido que, si no ha sido concebido hasta despues de la muerte del abuelo, el fallecimiento de su padre y el abandono posterior del testamento no lo hacen heredero suyo ; porque no ha estado ligado con ningun vínculo de parentesco con el padre de su padre. Así es que tampoco se cuenta *entre los hijos del abuelo* á aquel á quien un hijo hubiese adoptado despues de haber sido emancipado. No siendo contados estos descendientes como hijos en cuanto á la herencia, no pueden tampoco solicitar *la posesion de los bienes* como cognados más próximos.

*Esto en cuanto á los herederos suyos.*

Segun el principio enunciado más arriba, es preciso, para tener derechos á una herencia, haber sido por lo ménos concebido ántes de la muerte del difunto.

*Sic nec ille est inter liberos avi.* Esto viene á ser aquí una especie de comparacion. Es evidente que la adopcion que hace despues de su emancipacion el hijo emancipado, no forma ningun vínculo de filiacion con el padre emancipador ; habiendo salido de la fami-

lia de su padre el hijo emancipado, los hijos que con posterioridad adopta son extraños al padre, tanto natural cuanto civilmente.

*Neque bonorum possessionem.* Así los individuos de la familia que no habian todavía nacido ni sido concebidos en el dia de la muerte del difunto, no tenian á su sucesion *ab intestato* ninguna especie de derecho, ni civil ni pretoriano.

*Hæc de suis heredibus.* Aquí se suspende la enumeracion de los herederos suyos y de las reglas á ellos relativas, segun la ley de las Doce Tablas. En este sistema no se tiene ninguna consideracion con el vínculo natural de la sangre, sino sólo con el vínculo civil que resulta de la patria potestad. Los hijos descendientes del difunto, que no se hallasen bajo su potestad en el dia de su muerte, no tienen ningun derecho á su sucesion *ab intestato.* Esto comprende tres clases de hijos : 1.°, los emancipados ; 2.°, los hijos dados en adopcion ; 3.°, los descendientes por las hijas. En estas tres clases de hijos han recaido las modificaciones sucesivamente introducidas en el rigor del derecho civil ; por manera que progresivamente todos estos hijos, aunque colocados fuera de la familia y de la patria potestad, aparecen llamados, en su categoría de filiacion, á la sucesion *ab intestato* de su ascendiente, en concurso con los verdaderos herederos suyos, sin ser ellos herederos suyos.

El derecho pretoriano fué el primero que principió esta reforma para los hijos emancipados y para los dados en adopcion.

### *Hijos llamados en clase de herederos suyos por el derecho pretoriano.*

IX. *Emancipati autem liberi,* jure civili nihil juris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem Duodecim Tabularum vocantur. Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis *bonorum possessionem* UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent : sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque, duobus liberis extantibus, emancipato et qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit,

9. *Los hijos emancipados*, segun el derecho civil, no tienen ningun derecho : no son, en efecto, ni herederos suyos, pues han salido de la patria potestad, ni llamados con ningun otro título por la ley de las Doce Tablas. Mas el pretor, movido de equidad natural, les da *la posesion de los bienes* UNDE LIBERI, como si hubiesen estado bajo la potestad del ascendiente al tiempo de su muerte, y esto, ya sean solos, ó ya concurran con herederos suyos. Así, si existen dos hijos, el uno emancipado, y el otro sometido al difunto en el dia de su muerte, este último ciertamente es el solo heredero por

solus jure civili heres est, id est, *solus suus heres. Sed*, cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, *evenit ut suus heres pro parte heres fiat.*

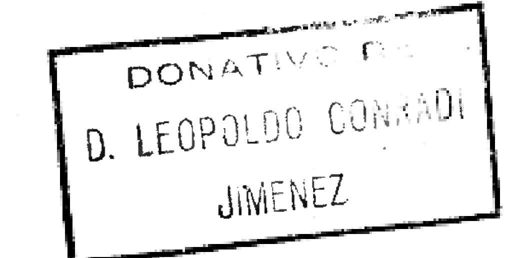
el derecho civil, es decir, *solo heredero suyo.* Mas como el emancipado es admitido por el beneficio del pretor á tomar parte, resulta de aquí que el *heredero suyo no es ya heredero sino en parte.*

Ya hemos explicado (t. I, p. 552) cómo el pretor, teniendo en consideracion el vínculo natural, llamó á la herencia *ab intestato*, en concurso con los herederos suyos, los hijos emancipados; de donde nacia para el padre emancipador que hacía un testamento, la obligacion de desheredarlos. Sólo nos resta ya dar aquí algunos pormenores.

*Emancipati autem liberi.* Lo que se aplica no sólo á los hijos que han sido personalmente emancipados, sino tambien á su posteridad. Así los hijos que el hijo emancipado ha tenido despues de su emancipacion, son, en caso de muerte anterior á su padre, llamados en su lugar por el pretor á la sucesion del abuelo emancipador en la clase de los herederos suyos (1). Del mismo modo, los hijos del hijo emancipado que hubiesen ya nacido ántes de la emancipacion, y que, por consiguiente, habiendo quedado bajo el poder del abuelo, no han seguido bajo el de su padre, no dejan de ser llamados por el pretor en el número de los herederos suyos de este último (2). Por último, la decision del pretor se aplicaba en general á todos los casos en que los hijos y descendientes se hallasen por una causa cualquiera fuera de la patria potestad de su padre ó de cualquier otro ascendiente (3). No eran ménos llamados en su clase, á causa del solo vínculo natural, á la sucesion *ab intestato*, en concurso con los herederos suyos, con tal que gozasen de los derechos de ciudad. Así, si la patria potestad ha sido disuelta, ya por la deportacion, ya por la esclavitud de la pena, y con posterioridad ha habido restitucion, aunque en ésta no se halle restablecida la patria potestad, los hijos no dejarán de ser llamados á la herencia pretoriana de su ascendiente (4). El caso de disolucion de la patria potestad por adopcion se regía sólo por reglas particulares, que explicarémos en el párrafo siguiente.

*Possessionem unde liberi.* Así, fijemos la idea de que el pretor,

(1) Dig. 37. 4. 3. pr. f. Ulp.
(2) Ib. 6. f. Paul., y 21. f. Modest.
(3) Ib. 1. § 6. f. Ulp.
(4) Ib. 37. 4. 1. § 9.—Ib. 2. f. Hermog.



llamando estos hijos en concurso con los herederos suyos, no los hace á ellos *herederos suyos :* sólo los llama por una posesion de bienes. Expondrémos en adelante especialmente cuanto concierne á las posesiones de bienes, y en particular á la llamada *unde liberi :* entre tanto bastará lo que hemos dicho en el t. I, p. 553.

*Solus suus heres. Sed evenit ut pro parte heres fiat.* Es decir, que en cuanto al derecho y al título los hijos que se hallan bajo la potestad del difunto son solos *herederos suyos ;* pero en cuanto al hecho y á la posesion, por consecuencia del concurso de los demas hijos, sólo toman una parte de la herencia.

X. At hi *qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt*, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi : si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc æque extraneorum loco fiunt ; et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

10. Mas aquellos *que, emancipados por su padre, se han dado en adrogacion*, no son admitidos á los bienes de su padre natural en calidad de hijos, si á su muerte se hallaban todavía en su familia adoptiva. Porque si en vida suya han sido emancipados por el padre adoptivo, son admitidos á los bienes del padre natural, como si emancipados por él, no hubiesen nunça pasado á una familia adoptiva ; y en cuanto al padre adoptivo, se hacen desde el momento indicado extraños á él. Si han sido emancipados por el padre adoptivo despues de la muerte del padre natural, se hacen respecto de aquél igualmente extraños, sin adquirir por eso ningun derecho en clase de hijo á los bienes del padre natural. El motivo de esta decision es que habria sido inícuo dejar al padre adoptivo dueño de determinar á quién habian de pertenecer los bienes del padre natural, si á sus hijos ó á los agnados.

Este párrafo se halla en parte explicado ya por lo que hemos dicho ántes sobre el mismo punto, t. I, p. 554.

*Qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt.* El texto sólo habla aquí de los hijos emancipados que, despues de su emancipacion, se hubiesen ellos mismos dado á un tercero en adrogacion ; pero ya sabemos por el pasaje que acabamos de citar (t, I, p. 554) que lo mismo sucedia absolutamente con los hijos dados directamente por su padre en adopcion á un tercero. Las disposiciones del párrafo se aplican, pues, ya á los hijos dados en adop-

cion por su padre, ya á los hijos emancipados por su padre, que se hubiesen dado ellos mismos en adrogacion.

Es preciso observar que estos hijos se diferencian, en los dos casos, de los hijos puramente emancipados, en que no sólo han salido de la potestad y familia de su padre, sino ademas en que han entrado bajo la potestad y en la familia de un tercero, á cuya sucesion han adquirido derechos de herederos suyos, en compensacion de los que han perdido en su familia natural. Esta diferente situacion, en lo que á ellos concierne, es lo que ha motivado la diferencia de las disposiciones del derecho pretoriano respecto de los mismos.

Esto supuesto, observemos que el texto se ocupa en determinar los derechos de sucesion que pueden tener, ya en la familia del padre natural, ya en la del padre adoptivo. Acerca de esto supone el texto tres casos: 1.°, que se hallen todavía en la familia del padre adoptivo; 2.°, que hayan sido segregados ó separados de ella por emancipacion en vida de su padre natural; 3.°, que hayan sido separados por emancipacion, pero sólo despues de la muerte de su padre natural.

*En el primer caso*, si han perdido sus derechos de sucesion en una familia, los han adquirido en otra: son herederos suyos del padre adoptivo; por consiguiente, no les concede el pretor ningun derecho de posesion á la herencia del padre natural.

*En el segundo caso*, separados de la familia adoptiva, no conservaban en ella ninguna especie de derecho, porque sólo se hallaban ligados á la misma por un vínculo civil, y éste se habia roto ya. A fin, pues, de que no se hallen desprovistos de toda herencia, desde aquel momento les concede el pretor el privilegio de restablecer los vínculos de la sangre respecto de su padre natural, que todavía vive: y así, á la muerte de este último serán llamados á su herencia por la posesion *unde liberi* en concurso con los herederos suyos.

*En el tercer caso*, su salida de la familia adoptiva los deja sin ningun derecho de herencia en esta familia, y sin embargo, el pretor no les concede ninguno á la herencia del padre natural; en efecto, muerto ya ántes este último, la emancipacion posterior del padre adoptivo, que, segun el derecho pretoriano, debia hacerlo volver á la herencia del padre natural, los hace volver á ella demasiado tarde: son en cierto modo semejantes, bajo este aspecto,

á unos descendientes que sólo hubiesen sido concebidos, y que sólo hubiesen nacido despues de la muerte del difunto. No tienen ningun derecho á la sucesion de éste. El texto, por otra parte, da todavía acerca de esto otra razon, y es que no debe depender del padre adoptivo, emancipándolos despues que su padre natural ha fallecido, variar el órden de la sucesion. Véase un caso en que, segun el derecho pretoriano, podia suceder que los hijos adoptivos se hallasen privados de toda herencia paterna, tanto del padre natural cuanto del padre adoptivo. Á este inconveniente habia Justiniano aplicado un remedio, como ya lo hemos indicado al tratar de la adopcion (t. I, p. 138 y sig.).

XI. Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales : namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant; adoptivi vero emancipati, et jure civile perdunt gradum liberorum, et a prætore non adjuvantur : et recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia dessinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve, aut nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

11. Los hijos adoptivos tienen, pues, ménos derechos que los naturales, pues éstos, aunque emancipados, retienen por el beneficio del pretor su grado de hijos, que pierden por el derecho civil; miéntras que los adoptivos, por la emancipacion, pierden, segun el derecho civil, su grado de hijos, sin obtener ningun beneficio del pretor; y esto es con razon. En efecto, los derechos naturales no pueden ser destruidos por la ley civil, y estos hijos no pueden, porque dejen de ser herederos suyos, dejar de ser hijos, hijas, nietos ó nietas. En cuanto á los adoptivos, por el contrario, una vez emancipados, son extraños, pues su título de hijo ó de hija, que sólo deben á la adopcion, otra institucion civil, es decir, la emancipacion, se lo arrebata.

XII. Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione, quam *contra tabulas* testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerint, et emancipatos, vocat prætor ad eam bonorum possessionem, eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item, adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre,

12. Las mismas reglas se aplican á esta posesion de bienes que el pretor promete *contra las tablas* del testamento paterno á los hijos omitidos; es decir, á los que no han sido instituidos, ni regularmente desheredados. Porque el pretor llama á esta posesion de bienes, ya á los hijos sometidos á la potestad del ascendiente en el dia de su muerte, y á los emancipados; pero rechaza á aquellos que á la muerte del ascendiente se hallaban en una familia adoptiva. Igualmente no admite más á esta posesion *contra tabulas*, que á la posesion *ab intestato*, á los hijos

sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus non admitit; quia desinunt numero liberorum esse.

adoptivos emancipados por el padre adoptante sobre los bienes de este último, porque han cesado de estar en el número de sus hijos.

*Contra tabulas.* De que los hijos emancipados ó dados en adopcion fuesen, en los diversos casos que acabamos de exponer más arriba, llamados por el pretor á la herencia paterna en concurso con los herederos suyos, resultaba la obligacion, para el padre que hacía un testamento, de rechazarlos formalmente de esta herencia, ó en otros términos, de desheredarlos, si no los queria por herederos. En caso de omision, el testamento, segun el derecho civil, no era nulo; pero el pretor daba á los hijos omitidos, para hacerlo rescindir, la posesion de bienes *contra tabulas.* Todo esto es sólo una repeticion de lo que ya hemos explicado, t. I, págs. 553, 554 y 555.

XIII. Admonendi tamen sumus, eos qui in adoptiva familia sunt, qui post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos heredes quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

13. Advertimos, sin embargo, que los hijos que á la muerte del padre natural se hallen en una familia adoptiva, y que sólo con posterioridad son emancipados de ella, aunque no sean llamados á la sucesion *ab intestato* de su padre natural, por aquella parte del edicto que llama á los hijos á la posesion de los bienes, son, sin embargo, á ella llamados por otra parte, cual es la que llama á los cognados del difunto. Bajo este título son admitidos, si no hay ni herederos suyos, ni emancipados, ni agnados; porque el pretor llama primero tanto á los herederos suyos cuanto á los emancipados, despues á los herederos legítimos, y por último, á los cognados mas proximos.

Este párrafo no corresponde en realidad al órden de herencia de que aquí tratamos, y sólo debe considerarse como una advertencia anticipada: *admonendi tamen sumus.* El órden de los cognados era en la herencia un tercer órden, que el pretor llamaba á falta de los dos primeros; es decir, despues de los herederos suyos y de los agnados. Verémos que todos los parientes por consanguinidad eran llamados en este tercer órden sin consideracion á los vínculos civiles de familia; por consiguiente, los hijos y descendientes no admitidos entre los herederos suyos se hallaban en este tercer órden

al frente de los cognados. Pero sólo era una clase muy subsidiaria, pues sólo llegaba despues de dos órdenes anteriores de herederos.

### *Hijos llamados á la clase de herederos suyos por las constituciones imperiales anteriores á Justiniano.*

El derecho pretoriano, por medio de las disposiciones que acabamos de exponer, habia templado el rigor del derecho civil respecto de los hijos emancipados y de los dados en adopcion; pero nada se habia hecho ni dispuesto acerca de los descendientes de las hijas.

Una constitucion de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio protegió sus intereses. Decidió esta constitucion que cuando una hija, miembro de la familia, y por consiguiente, heredero suyo, hubiese muerto ántes de la apertura de la sucesion *ab intestato*, sus hijos ó sus nietos, aunque fuesen segun el derecho civil extraños á la familia materna, se presentasen en esta sucesion representando á su madre, y para tomar la parte que ella habria tomado, aunque con una cierta disminucion. Si se presentasen en concurso con otros herederos suyos, no debian tomar sino los dos tercios de la porcion materna; y si no existiendo otro heredero suyo, llegaban á excluir á los agnados á quienes habria pertenecido la sucesion segun el derecho civil, queria la constitucion que éstos retuviesen, como una especie de Falcidia, el cuarto de la herencia.

Tales son las disposiciones de esta constitucion, que hallamos en el Código Teodosiano (1), y de que las Instituciones nos ofrecen una paráfrasis en el § 15, que en breve verémos.

---

(1) Cod. Teod, lib. 5. Creemos útil poner á continuacion el texto:

«Si defunctus cujuscumque sexus aut numeri reliquerit filios, et ex filia defuncta cujuscumque »sexus aut numeri: nepotes, ejus partis quam defuncti filia superstes patri, inter fratres suos, »fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sorori»busve ejus quæ defuncta est, id est filiis filiabusque ejus de cujus bonis agitur, avunculis scili»cet sive materteris eorum quorum commodo lege sancimus, accrescat. Quod si hic defunctus, de »cujus bonis loquimur, habebit ex filia nepotes, sed præterea filios non habebit, sed, qui præferri »nepotibus possint, habebit agnatos, in quandam Falcidiam, et in dodrantem nepotes jure succe»dant. Hæc eadem quæ de avi materni bonis constituimus, de aviæ maternæ sive etiam paternæ »simili æquitate, sancimus: nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus, justa semotis ra»tione, monstraverit. Non solum autem si intestatus avus aviave defecerit, hæc de nepotibus »quæ sancimus jura servamus: sed etsi avus, vel avia, quibus hujus modi nepotes erant, testati »obierint, et præterierint nepotes, aut exheredarint eosdem, et de injusto avorum testamento, »et si quæ filiæ poterant vel de re, vel de lite competere actiones, nepotibus deferemus, secun»dum justum nostræ legis modum, quæ de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis.»

*Hijos llamados á la clase de herederos suyos por las constituciones de Justiniano.*

Por las constituciones del derecho pretoriano y de las constituciones imperiales que acabamos de exponer, quedaba corregido el rigor del derecho civil:

Respecto de los hijos emancipados, en todos los casos;

Respecto de los hijos que por adopcion han entrado en otra familia, sólo en cierto caso, á saber: si hubiesen sido segregados de la familia adoptiva ántes de la muerte del padre natural.

Respecto de los hijos y descendientes de las hijas, sólo en parte, pues debian dejar un tercio ó un cuarto de la porcion de su madre, segun que se presentasen á la herencia con otros herederos suyos ó sólo con agnados.

Justiniano completó lo que faltaba á estas modificaciones.

Nada tuvo que añadir en cuanto á los hijos emancipados.

Y en cuanto á los dados en adopcion, sabemos que introdujo un nuevo sistema, segun el cual no hacía ya la adopcion perder los derechos de familia en la familia natural.

En cuanto á los descendientes por las hijas, los limitó siempre á los dos tercios de la porcion de su madre, si se presentaban en concurso con otros herederos suyos; pero les dió la totalidad de la herencia, si no quedaban más que agnados; por manera que excluian completamente á agnados, como habrian hecho verdaderos herederos suyos.

Tales son las disposiciones expuestas en los párrafos siguientes.

XIV. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus et enim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, et, adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus per quam definivimus, quando parens

14. Tal era el derecho antiguo: mas en él hemos introducido muchas modificaciones por nuestra constitucion acerca de los hijos dados en adopcion por su padre natural. En efecto, hemos hallado que perdiendo estos hijos en ciertos casos, ya la sucesion de su padre natural por causa de la adopcion, ya el derecho de adopcion, tan fácilmente disuelto por la emancipacion, no eran llamados á la sucesion ni del uno ni del otro padre. Corrigiendo, pues, este punto segun nuestra costumbre, hemos redactado una constitucion que explica cómo, cuando un ascendiente natural haya dado

naturalis filium suum adoptandum alii dederit: integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab-intestato ad patris adoptivi venire successionnem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili neque prætorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest; neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patrio adoptivo imponatur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum *neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus.* Nam et in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quam parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias sese dederit adrogandum. Quæ specialiter et singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

su hijo á otro en adopcion, todos los derechos quedarán íntegros, como si este hijo hubiese permanecido bajo la potestad del padre natural, y la adopcion no hubiese tenido lugar en manera alguna; salvo en este punto, que podrá llegar á la sucesion *ab iniestato* del padre adoptivo. Pero si este último ha hecho testamento, no podrá el adoptado pretender nada de su herencia, ni por el derecho civil, ni por el derecho pretoriano, ni por la posesion de bienes *contra tabulas*, ni por la querella de inoficiosidad; porque no tiene ninguna obligacion el padre adoptivo de instituir ó desheredar á un hijo que no se halla ligado á él por ningun vínculo natural: y esto áun cuando se tratase de *un adoptado escogido entre tres varones segun el senado-consulto Sabiniano;* porque ni áun en este caso mantenemos al adoptado, ni la cuarta, ni ninguna accion para reclamarla. Nuestra constitucion exceptúa, sin embargo, á aquel que fuese recibido en adopcion por un ascendiente natural, porque concurriendo respecto de él el derecho natural con el derecho civil, hemos conservado á tal adopcion todos sus antiguos efectos, lo mismo que á la de un padre de familia que se da en adrogacion; disposiciones todas que se pueden ver especial y circunstanciadamente en el texto de nuestra constitucion.

Las disposiciones de este párrafo nos son ya conocidas por lo que hemos dicho al tratar de la adopcion (t. I, p. 136 y siguiente).

*Neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus.* Ya sabiamos, y el texto nos lo repite aquí, que no produciendo ya la adopcion, segun Justiniano, la patria potestad, el adoptado sólo tenía á los bienes del adoptante derechos de sucesion *ab intestato*, sin ningun derecho para quejarse si, habiendo el adoptante hecho testamento, no le hubiese dejado nada absolutamente. Y esto nos dice el texto, áun cuando se tratase de una persona adoptada entre tres hijos varones. Acerca de esto, véase, dice Teófilo en su paráfrasis, lo que es preciso saber: « Si tenien»do tres hijos varones doy uno en adopcion, esta adopcion se

»llama *ex tribus maribus*. Y existe el senado-consulto Sabiniano, »que dispone que vos, adoptante, tendréis la obligacion de dejar »el cuarto de vuestros bienes á aquel que hubieseis de este modo »adoptado entre tres hijos varones; y si no le dejais dicho cuarto, »le da el mismo senado-consulto una accion para reclamar su en»trega de vuestros herederos.» La intencion de este senado-consulto, acerca de la cual no tenemos dato más positivo, es fácil de penetrar. El senado-consulto habia querido poner al hijo adoptado entre tres varones al abrigo de los sucesos, que, despues de haberle hecho perder, por efecto de la adopcion, sus derechos de sucesion en su familia natural, pudiesen tambien hacerle perder los mismos derechos en la forma adoptiva, si hubiese sido separado de ella ó desheredado. Por consiguiente, el senado-consulto le habia asegurado de todo evento un cuarto de la herencia del padre adoptante. No perdiendo ya sus derechos de sucesion el adoptado en la familia natural, segun el derecho de Justiniano, la seguridad de esta cuarta se hizo inoportuna.

Mas ¿por qué el senado-consulto Sabiniano habia reservado este privilegio al hijo adoptado entre tres varones? ¿Qué habia de particular en esta clase de especial adopcion? No lo sabemos bien. La opinion de Heinnecio, que supone que el cuarto era concedido de los bienes, no del padre adoptante, sino del padre natural, es evidentemente inadmisible.

XV. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem; et jure agnatorum eos anteponebat; nepotes autem qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus, cognatorum loco numerans post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eundem gradum et ordi-

15. Igualmente la antigüedad, más favorable á la línea masculina, no llamaba á la sucesion de los suyos, ni preferia á los agnados, sino á los nietos que descendian por varon; en cuanto á los nietos habidos de hijas, y biznietos habidos de nietas, los consideraba sólo en la clase de cognados, y los llamaba sólo despues del órden de los agnados á la sucesion, ya de su abuelo ó bisabuelo materno, ya de su abuela ó bisabuela paterna ó materna. Mas los divinos emperadores no permitieron que semejante violacion del derecho natural quedase sin la conveniente correccion; y pues que el título de nieto ó biznieto es comun á los descendientes, tanto por hembras cuanto por varones, les atribuyeron el mismo grado y el mismo órden de sucesion. Á fin únicamente de dejar

nem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum vel neptum vel deinceps de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, *quando femina mortua sit cujus de hereditate agitur:* iisque, licet soli sint, adeuntibus *agnatos minime vocabant.* Et quemadmodum lex Duodecim Tabularum filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat, ita et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ, cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

alguna cosa de más á aquellos que tienen en su favor no sólo el voto de la naturaleza, sino tambien el del antiguo derecho, juzgaron que la parte de los nietos, nietas y otros descendiendes por hembras debia experimentar alguna disminucion, de tal modo que tuviesen un tercio ménos de lo que habrian tenido su madre ó su abuela; ó bien su padre ó su abuelo paterno ó materno, *si se trata de la sucesion de una hembra.* Y cuando no hay más descendientes que ellos, si hacen adicion, *los agnados no son de ningun modo llamados.* Así, pues, á la manera que la ley de las Doce Tablas llama á los nietos ó biznietos de uno y otro sexo á ocupar en la sucesion de su abuelo el lugar de su padre que ha fallecido ántes, del mismo modo las constituciones imperiales los llaman á ocupar el lugar de su madre ó de su abuela, salva la disminucion, ya indicada, de un tercio.

Éstas son las disposiciones de la constitucion de los emperadores Teodosio, Valentiniano y Arcadio, que acabamos de reproducir poco ántes, en una nota.

*Agnatos minime vocabant.* La palabra *minime* no es exacta, pues los agnados en este caso, segun la constitucion de los emperadores, retenian un cuarto, como una especie de Falcidia.

XVI. Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est; et sanximus, talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte et deinceps superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare; ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores iis habean-

16. En cuanto á nos, como hubiese todavía discusion entre los agnados y los descendientes arriba indicados, acerca de un cuarto de la herencia que los agnados reclamaban para sí en virtud de una constitucion imperial, hemos revocado dicha constitucion, no permitiendo que fuese trasladada del código Teodosiano al nuestro. Mas promulgando una constitucion nuestra, y derogando absolutamente el derecho de aquélla, hemos ordenado que miéntras viviesen nietos ó biznietos habidos de un hijo ó de una nieta, no tuviesen los agnados que reclamar ninguna parte de la sucesion, no debiendo los parientes de la línea colateral ser preferidos á los descendientes directos. Esta constitucion

tur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus : ita tamen, ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem ; similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas: ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur : ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extens, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

nuestra debe tener ejecucion segun su tenor y su fecha, como de nuevo aquí lo ordenamos. Sin embargo, del mismo modo que segun la antigüedad, la particion de la herencia entre hijos y descendientes de otro hijo debia verificarse, no por cabezas, sino por estirpes, así queremos que tenga lugar una distribucion semejante entre los hijos y los descendientes de una hija, ó entre todos los nietos, nietas y otros descendientes. Por manera que cada progenitura perciba sin disminucion la parte de su madre ó de su padre, de su abuelo ó de su abuela ; y si por acaso hay uno ó dos hijos por una parte, y tres ó cuatro por otra, aquéllos, sean uno ó dos, tomarán la mitad : y éstos, sean tres ó cuatro, la otra mitad.

Aquí terminan las disposiciones relativas á los hijos y descendientes llamados por el pretor, por los emperadores ó por Justiniano á la clase de herederos suyos. — Una observacion general, que conviene hacer acerca de ellos, consiste en que, no teniendo verdaderamente la cualidad de herederos suyos, no son herederos necesarios, y la sucesion no la adquieren por fuerza ni pleno derecho. Pero esta observacion no se refiere á los hijos dados en adopcion, que, segun la constitucion de Justiniano, quedan como herederos suyos, pues no salen ni de la potestad, ni por consiguiente de la familia del padre natural.

## TITULUS II.

### DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege Duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

## TÍTULO II.

### DE LA SUCESION LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

Si no hay ningun heredero suyo, ni ninguno de los llamados por el pretor ó por la constitucion á la clase de herederos suyos, que tome de un modo cualquiera la herencia, entónces, segun la ley de las Doce Tablas, pertenece al agnado más próximo.

El órden de los agnados no llega sino cuando falta ó se halla ausente el de los herederos suyos y descendientes colocados entre

éstos. Sin embargo, entre los herederos suyos, lo mismo que entre los agnados, era la regla, como explicarémos más adelante, que no se hiciese devolucion sucesiva del uno al otro ; es decir, que si los más próximos rehusasen la herencia, no pasase á los siguientes, ni en caso de rehusarla éstos, á los subsecuentes. Pero como los herederos suyos propiamente dichos no podian rehusar, la existencia de uno solo impedia siempre por fuerza que llegasen los agnados.

El órden de los agnados, lo mismo que el de los herederos suyos, no ha permanecido en su composicion primitiva, tal como ésta existia segun la ley de las Doce Tablas. Examinarémos sucesivamente las modificaciones que en la misma han podido introducir : 1.°, una jurisprudencia intermedia; 2.°, el derecho pretoriano; 3.°, las constituciones imperiales anteriores á Justiniano, y 4.°, las constituciones de este último.

*Agnados segun la ley de las Doce Tablas.*

I. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. It quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem; sed iis qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse.

1. Por lo demas, son agnados, como ya lo hemos dicho en el libro primero, los cognados unidos por las personas del sexo masculino; por decirlo así, cognados por el padre. Así, los hermanos nacidos del mismo padre son agnados: se les llama tambien consanguíneos; poco importa que tengan ó no la misma madre. Del mismo modo el tio paterno y el hijo de su hermano son agnados el uno del otro; como tambien los hermanos *patrueles*, es decir, los hijos habidos de dos hermanos, que se llaman tambien primos; y así sucesivamente respecto de los grados más distantes de agnacion. Los que nacen despues de la muerte de su padre no tienen ménos los derechos de consanguinidad. Mas la ley no da á todos los agnados simultáneamente la herencia, sino sólo á aquellos que están en el grado más próximo, en el momento en que resulta como cierto que el difunto ha muerto intestado.

Ya hemos definido á los agnados (t. I, p. 178); sin embargo, en vista de este fragmento de Ulpiano : « Communi jure familiam

»dicimus omnium agnatorum : nam etsi, patrefamilias mortuo, »singuli singulas familias habent : tamen omnes qui *sub unius po- »testate fuerunt*, recte ejusdem familia appellabuntur, qui ex eadem »domo et gente proditi sunt» (1), se ha creido poder deducir que no hay más agnados que aquellos *que se han hallado efectivamente* sometidos conjuntamente bajo la potestad de un mismo jefe. No podríamos admitir esta opinion. Ulpiano no se expresa aquí de ninguna manera restrictiva, y ni áun piensa en dar una definicion de los agnados. Lo que dice de ellos sólo lo dice por incidente y en forma de razonamiento; pero cuando quiere definirlos, lo hace en los términos siguientes : « Agnati autem sunt cognati virilis sexus »ab eodem orti : nam post suos et consanguineos statim mihi pro- »ximus est consanguinei mei filius, et ego ei : patris quoque fra- »ter, qui patruus appellatur : *deinceps ceteri, si qui sunt, hinc orti* »*in infinitum*» (2). Esta definicion tradicional en todos los textos del derecho romano, «*agnati sunt cognati per virilis sexus personas*», no admite la idea de ningun límite; y esta idea se halla expresamente en contradiccion con las siguientes palabras de Ulpiano: *deinceps ceteri in infinitum ;* y con éstas : *longissimo gradu ; etiam si longissimo gradu sit*, que los textos nos presentan más de una vez (3). Lo está tambien sin réplica con el párrafo que sigue.

II. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est quin improprie consanguinei appellentur. Item, si quis ex ceteris agnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitatur.

2. La adopcion establece tambien el derecho de agnacion : por ejemplo, entre los hijos naturales y los que su padre ha adoptado. Y nadie duda que el título de consanguíneos les sea aplicable, aunque impropiamente. Del mismo modo, si el uno de tales agnados, como, por ejemplo, tu hermano, tu tio paterno, ó cualquiera otro en un grado más distante, adopta á alguno, entra este último sin duda en el número de los agnados.

En suma, debemos observar que todos aquellos que con relacion al jefe de familia, hallándose sometidos bajo su potestad, eran herederos suyos, todos éstos entre sí, con relacion á todos los demas miembros de la familia, eran agnados. Y recíprocamente, todos

(1) Dig. 50. 16. 195. *De verv. signif.* 195. § 2. fr. Ulp.
(2) Dig. 38. 16. *De suis*, 2. § 1. f. Ulp.
(3) Véase más adelante § 3, tit. 6. § 12.

aquellos que con relacion al jefe no eran herederos suyos, ya porque hubiesen salido de su potestad, ya porque nunca hubiesen estado bajo ella, todos ellos, con relacion á los individuos de la familia, no eran agnados. Así es que del mismo modo que hemos contado fuera de los herederos suyos, contarémos tambien fuera de los agnados: 1.°, á los hijos emancipados; 2.°, á los dados en adopcion; y 3.°, á los descendientes por hembras.

Tal era la composicion del órden de los agnados segun la ley de las Doce Tablas. Si, pues, el derecho pretoriano ó las constituciones imperiales han tenido que introducir algunas modificaciones en este derecho primitivo, han debido hacerlas recaer, lo mismo que respecto del órden de los herederos suyos, sobre aquellas tres clases mencionadas.

Pero ántes de ocuparnos en sus disposiciones, debemos examinar una jurisprudencia intermedia, que léjos de extender el círculo de los agnados, tal como se hallaba trazado por las Doce Tablas, lo habia, por el contrario, limitado.

### *Jurisprudencia intermedia con respecto á los agnados.*

III. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, *etiam longissimo gradu*, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ *consanguinitatis jure* tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant: masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua *proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur.* Ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus

3. Entre los hombres, la agnacion *hasta el grado más distante* da un derecho recíproco á la herencia. Pero en cuanto á las mujeres se quería que no pudiesen adquirir la herencia sino *por derecho de consanguinidad*, si eran hermanas y no más adelante; miéntras que sus agnados varones eran admitidos á su herencia hasta el grado más distante. Así, sucedes tú á la hija de tu hermano, ó de tu tio paterno, ó á tu tia paterna; pero ellas no te suceden á tí. Se habia así establecido, porque parecia ventajoso concentrar por punto general las herencias en los varones. Mas como era inícuo que fuesen universalmente excluidas como extrañas, el pretor las admite por medio de su edicto, *á aquella posesion de bienes que da á la proximidad de la sangre;* en cuyo órden no son admitidas sino en el caso que no existan ningun agnado ni ningun cognado más próximo que el as. Por lo demas, la ley de las Doce Tablas no habia introducido ninguna de estas

interveniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introducit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. *Media autem jurisprudentia*, quæ erat quidem lege Duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod decerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ UNDE COGNATI appellatur. Nos vero legem Duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes, et ad jus Duodecim Tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini generis sive feminini sint simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas; quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

distinciones; pero inclinándose á una sencillez amiga de las leyes, llamaba indistintamente á todos los agnados, varones ó hembras, cualquiera que fuese su grado, á la sucesion unos de otros. Fué esta *una jurisprudencia intermedia*, posterior á la ley de las Doce Tablas, pero anterior á la legislacion imperial, que por medio de ideas sutiles introdujo esta diferencia, y rechazó completamente á las mujeres de la sucesion de los agnados, no existiendo entónces ningun otro órden de sucesion; hasta que los pretores, corrigiendo, poco á poco, el rigor del derecho civil, ó llenando sus lagunas, hubieron, por una disposicion de humanidad, añadido un nuevo órden en sus edictos. Entónces, hallándose introducida la línea de los cognados segun el grado de proximidad, venía en auxilio de las mujeres por la posesion de los bienes, y les daba la que se llama UNDE COGNATI. Mas nos, volviendo á la ley de las Doce Tablas, y restableciendo en este punto estas disposiciones, aplaudiendo la humanidad de los pretores, juzgamos que no han aplicado al mal un remedio eficaz. Porque, en efecto, en el caso en que el grado de parentesco natural y el título de agnacion sean los mismos entre varones y hembras, ¿por qué se ha de dar á los primeros el derecho de llegar á la sucesion de todos los agnados, y se ha de negar absolutamente, entre estos agnados, á las mujeres, á no ser únicamente á la hermana? Por esto, derogando completamente tales disposiciones y reduciéndolas al derecho de las Doce Tablas, hemos ordenado por nuestra constitucion que todas las personas legítimas, es decir, unidas por la descendencia masculina, varones ó hembras, sean igualmente llamadas, segun su grado, á la sucesion legítima *ab intestato*, y que las hembras no sean excluidas por no tener, como las hermanas, los derechos de consanguinidad.

*Etiam longissimo gradu.* Así, no sólo el vínculo de agnaciones, sino el derecho de herencia que á él se halla unido, se extiende hasta el infinito.

*Consanguinitatis jure.* Los consanguíneos, dice Paulo en sus Sentencias, son los hermanos y hermanas que proceden de un mismo padre (importa poco la madre), y que han permanecido hasta su muerte bajo su potestad; los hermanos adoptivos no emancipados se hallan tambien comprendidos en este número (1). Se les llamaba *consanguíneos*, porque participaban de una misma sangre paterna; en oposicion á los hermanos *uterinos*, que nacidos de una misma madre, sólo eran hermanos y hermanas por parte de madre.

Los consanguíneos eran entre sí, unos respecto de otros, los más próximos de todos los agnados. «*Si sui heredes non sunt, ad agnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent*»; dice Paulo en sus Sentencias (2); y la jurisprudencia intermedia, que excluyó á las hembras de la sucesion de los agnados, les dejó, sin embargo, la de los consanguíneos. «*Soror*, dice tambien Paulo, *jure consanguinitatis tam ad fratris quam ad sororis hereditatem admititur*» (3).

Esta distincion establecida llevó á los jurisconsultos á distinguir en cierto modo en el órden de los herederos agnados dos clases: 1.ª, la de los consanguíneos; 2.ª, la de los agnados propiamente dichos: «*Consanguineis non existentibus agnatis defertur hereditas*» (4). Las hembras se hallaban comprendidas en la primera, pero no en la segunda. Todos sus agnados del sexo masculino (*virilis sexus*) les sucedian; pero ellas, fuera de sus hermanos y hermanas consanguíneos, no sucedian á nadie (5).

*Qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur.* Es, como dice más abajo el texto mismo, la posesion *unde cognati*, en la que el pretor sólo considera la proximidad de los vínculos de parentesco natural, sin hacerse cargo de las reglas del derecho civil. Mas el órden de los cognados, llamados por esta posesion, sólo viene en tercer lugar despues del órden de los agnados. Verémos más adelante lo que á él es relativo.

*Media autem jurisprudentia.* Fué esta jurisprudencia, como lo indica la misma palabra, y como lo dice la paráfrasis de Teófilo,

(1) Paul. Sent. 4. 8. 15.
(2) Ib. § 13.
(3) Ib. § 16.
(4) Ib. § 17.
(5) Gay. 3. 14.

obra de los prudentes. Parecia, segun lo que de ella dice Paulo, que por una interpretacion dictada por el espíritu de la ley Voconia, extendieron los prudentes, de las sucesiones testamentarias á las legítimas, la exclusion de las hembras: «*Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admituntur. Idque jure civili Voconia ratione videtur effectum*» (1). Hemos ya dicho (t. I, p. 580) que la ley Voconia, que habia declarado á las mujeres como incapaces en cierto modo de recibir por testamento, habia sido expedida en tiempo de la república, año 585 de Roma. La jurisprudencia intermedia, de que aquí tratamos, es, pues, posterior á esta época.

*Derecho pretoriano con relacion á los agnados.*

No habia introducido el pretor ningun pariente en el número de los agnados; ni á los emancipados, ni á los adoptados, ni á los descendientes por hembras. Habia dejado este órden tal como lo habian constituido la ley de las Doce Tablas y la jurisprudencia intermedia, sin introducir en él á nadie, contentándose, siempre que los parientes fuesen excluidos del órden de los agnados por el rigor del derecho civil, con llamarlos en su clase segun su grado de parentesco, en su órden de cognados, en caso que este órden llegase á la sucesion; y el pretor lo hacía llegar cuando el órden de los agnados faltaba por una causa cualquiera.

Se puede dar por razon de estas disposiciones del pretor respecto del órden de los agnados, que siendo este dicho órden á su vista puramente civil y contrario á los vínculos de la naturaleza, no habia querido fomentarlo, y que, por el contrario, aprovechaba todas las ocasiones que se le presentaban para rebajarlo, á fin de llamar inmediamente en su lugar á su órden de los cognados, en el cual sólo tenía en consideracion los vínculos y grados de parentesco natural.

*Parientes llamados en la clase de agnados por las constituciones imperiales anteriores á Justiniano.*

Las constituciones imperiales, lo mismo que el derecho pretoriano, no introdujeron en el órden de los agnados ningun pariente,

(1) Paul. Sent. 4. 8. § 22.

ya emancipado, ya dado en adopcion, ya descendiente por hembras. Estas tres clases de colaterales permanecieron todas bajo el rigor del derecho civil hasta el tiempo del emperador Anastasio.

Este emperador, en 498, por una constitucion que no ha llegado á nosotros, pero que hallamos reproducida en un fragmento inserto en el código de Justiniano (1) y en algunos otros pasajes (2), llamó á los hermanos y hermanas emancipados, en concurrencia con los hermanos y hermanas agnados, á la sucesion legítima, como si la emancipacion no los hubiese hecho salir de la familia; sin embargo, con una cierta disminucion, segun nos dicen las Institutas. Esta disminucion, que los textos no nos indican, era tal, segun la paráfrasis de Teófilo (3), que el hermano legítimo debia tener el doble del hermano emancipado : si este último tenía cuatro onzas, el otro debia tener ocho.

Por lo demas, este favor concedido por la constitucion de Anastasio á los hermanos y hermanas emancipados, lo era á ellos solos; pero no á ninguno de sus hijos y demas descendientes.

Nada se hallaba todavía dispuesto en favor de los hermanos, hermanas ú otros parientes dados en adopcion, ó parientes sólo por hembras.

*Parientes llamados en la clase de los agnados por las constituciones de Justiniano.*

*Con relacion á las hembras*, excluidas por la jurisprudencia intermedia, Justiniano, como acabamos de ver, restableció el derecho de las Doce Tablas. Las hembras serán llamadas como los varones, sin distincion en su clase de agnacion.

*Con relacion á los hermanos y hermanas emancipados*, Justiniano, en sus Instituciones, confirma pura y simplemente la constitucion de Anastasio : los hermanos y hermanas llegarán á la herencia legítima con una cierta disminucion, y sin que se extienda á sus hijos el mismo beneficio (4). Pero por una constitucion posterior, del año 534, extendió Justiniano las modificaciones introducidas en el derecho rigoroso : llamó á los hermanos y hermanas

(1) Cod. 6. 30. 4. const. Anast.
(2) Inst. tít. 5. § 1, que se halla más adelante.—Cod. 5. 58. 15. § 1. const. Just.
(3) Paráfrasis de Teófilo, más adelante, tít. 5. § 1.
(4) Inst., más adelante, tít. 5. § 1.

emancipados en concurrencia con los legítimos, sin ninguna disminucion, y extiende el mismo beneficio, despues de ellos, al primer grado de sus hijos, es decir, á sus hijos ó hijas, pero no á sus nietos ó nietas; por manera que podrán los hijos ó hijas, si su grado es el más próximo, presentarse á la sucesion de su tio ó tia, en concurrencia con los demas sobrinos ó sobrinas que han quedado en la familia (1).

*Con relacion á los hermanos, hermanas ú otros parientes dados en adopcion*, sabemos que, segun la constitucion de Justiniano, la adopcion, por regla general, no hacía ya perder los derechos de familia.

*En fin, con relacion á los hermanos y hermanas uterinos*, unidos entre sí por sólo las hembras, Justiniano, en una constitucion del año 528, los llama á la sucesion fraterna como si fuesen agnados, en concurrencia con los hermanos y hermanas consanguíneos (2); y posteriormente, en 532, llamó tambien á la clase de sobrinos y sobrinas agnados en primer grado de sus hijos (3), como expone el párrafo siguiente.

IV. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantum modo gradus a jure cognationis in legitimam successionem : ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguinæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant : et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus et successionem

4. Hemos tambien creido deber añadir á nuestra constitucion que todo un grado, pero uno solo, fuese transferido de la línea de los cognados á la sucesion legítima : de tal manera que no sólo el hijo y la hija de un hermano se presentarán, segun lo que ya hemos dicho, á la sucesion de su tio paterno, sino que ademas el hijo ó la hija de una hermana consanguínea ó uterina llegarán, pero sólo ellos, y nadie más allá de este grado, en concurrencia con los precedentes, á la sucesion de su tio materno. Así, á la muerte de aquel que con relacion á los hijos de su hermano es tio paterno, y con relacion á los de su hermana un tio materno, las dos ramas sucederán igualmente, como si descendiendo ambas de varones, tuviesen derecho legítimo á la sucesion, con tal que no haya ni hermano ni hermana superviviente. Porque interviniendo estos últimos y aceptando la sucesion, los

(1) Cod. 6. 58. 15. §§ 1 y 3.
(2) Cod. 6. 56. 7. const. Just.
(3) Ib. 58. 15. §§ 2 y 3.

admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet *hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

grados inferiores quedan absolutamente excluidos, *porque aquí la herencia no se parte por estirpes, sino por cabezas.*

*Hereditate non in stirpes sed in capita dividenda.* Lo que no es una disposicion especial para este caso particular, sino una regla general para todo el órden de los agnados, como vamos á explicar bajo el párrafo siguiente.

Despues de haber expuesto la composicion del órden de los agnados, sólo nos resta dar á conocer con el texto algunos principios generales relativos á este órden de sucesion.

V. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex Duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si, verbi gratia, sit defuncti frater et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis, singulari numero usa, lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur : et tamen non dubium est quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

5. Entre muchos grados de agnados la ley de las Doce Tablas llama expresamente al más próximo. Si pues el difunto deja, por ejemplo, un hermano y el hijo de otro hermano ó un tio paterno, el hermano es preferido. Y aunque la ley, explicándose en singular, llame al más próximo, nadie duda, sin embargo, que, si son muchos en un mismo grado, todos deben ser admitidos. Del mismo modo el más próximo supone, rigurosamente hablando, que haya muchos grados : y sin embargo nadie duda tampoco que si no existe más que un solo grado de agnados, la herencia haya de pertenecerle.

Al lado del principio expuesto en este párrafo, de que los agnados son llamados á la herencia segun el órden de los grados, excluyendo siempre los más próximos, y de un modo absoluto á los más distantes, es preciso establecer este otro principio de que en el órden de los agnados la herencia no se parte por estirpes, sino sólo por cabezas. «*Agnatorum hereditatem dividuntur in capita*», nos dicen las reglas de Ulpiano (1). Así la particion por estirpes, en la cual los hijos representan á su padre difunto, y por medio de esta representacion llegan á ocupar su lugar en la sucesion, y á tomar su parte para distribuirla entre sí, esta particion queda exclusivamente propia de los herederos suyos : no hay lugar para los agnados. De aquí se deduce, por ejemplo, que nunca los hijos de un hermano difunto se presentarán á concurrir con los herma-

(1) Ulp. Reg. 26. 4.

nos y hermanas vivientes : siendo éstos más próximos en grado, los excluian absolutamente. Se deduce tambien de aquí, que si todos los hermanos y hermanas hubiesen muerto, y llegasen á la sucesion los sobrinos y sobrinas, se hará una parte igual para cada uno de ellos, sin distinguir de qué estirpe proceden, ni si son uno ó muchos en dicha estirpe. « *Velut si sit fratris filius*, añaden las reglas de Ulpiano, *et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personæ tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant* » (1).

VI. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is cujus de hereditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem extiturum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis sæpe accidit ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

6. La proximidad, cuando el difunto no ha hecho ningun testamento, se examina con relacion á la época del fallecimiento. Pero si ha hecho alguno, será la época aquella en que se ha hecho cierto que ningun heredero existirá en virtud de dicho testamento; porque sólo entónces se le puede considerar como realmente muerto intestado. A veces no se decide esto hasta mucho tiempo despues de la muerte; y en este intervalo sucede con frecuencia que llegando á morir el más próximo, se hace entónces más próximo el que no lo era al fallecimiento del testador.

Esta regla no es especial al órden de los agnados, sino general para todas las sucesiones *ab intestato*, como ya hemos visto.

VII. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum *successionem non esse ;* id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores, *imperfecto jure corrigentes*, non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutio-

7. Se habia querido que en este órden de suceder *no hubiese devolucion ;* es decir, que el más próximo que fuese llamado, segun lo que hemos dicho, á la herencia, llegando á repudiarla ó á morir ántes de haber hecho adicion, los del grado subsecuente no eran admitidos por el derecho civil. Los pretores, introduciendo aquí *una corrupcion todavía imperfecta*, no dejaban á estos agnados sin ningun auxilio, pues cerrándoseles el derecho de agnacion, los llaman en el órden de los cognados. Pero nosotros, deseando no dejar ninguna imperfeccion en la legislacion, hemos ordenado por nuestra constitucion publicada acer-

(1) Ulp. Reg. 26, 4.

ne, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus *successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam*; cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

ca del derecho de patronato y dictada por un sentimiento de humanidad, *que la devolucion en la herencia de los agnados no les fuese negada*; porque sería absurdo que un derecho abierto por el pretor á los cognados quedase cerrado á los agnados; sobre todo cuando para la carga de las tutelas, cuando faltaba el grado más próximo, se pasaba al siguiente, por manera que se admitia la devolucion para las cargas, y no para los beneficios.

*Successionem non esse.* El principio de que no se hace devolucion de la herencia de un grado á otro, era comun tanto al órden de los herederos suyos cuanto al de los agnados. « *Successio in suis heredibus non est* », nos dice un fragmento de Ulpiano en el Digesto (1); « *In hereditate legitima successioni locus non est* », nos dice Paulo en sus *Sentencias* (2). Así la sucesion era diferida toda, pero una sola vez en cada órden, al grado más próximo. Si todos los individuos de este grado la rehusaban, ó morian ántes de haber hecho adicion, no pasaban al grado subsecuente en el mismo órden, sino que concluido el derecho entero del órden, este órden se acababa y la sucesion pasaba al siguiente; de esta manera se hacía la devolucion de un órden á otro, pero no de grado á grado. Sin embargo, hay que hacer distinciones acerca de esto entre el órden de los herederos suyos y el órden de los agnados.

En el órden de los herederos suyos, la cuestion de devolucion de un grado á otro, y de faltar todo el órden por no hacerse adicion, no podia presentarse respecto de los que eran suyos propiamente dichos, pues adquirian la herencia de pleno derecho y á su pesar por el hecho solo de haberles sido deferida.

No podia tampoco presentarse para saber si en caso de abstencion de los más próximos herederos suyos, podrian llegar en su lugar los subsecuentes herederos suyos, pues sabemos que la abstencion no impedia ser heredero, y por consiguiente, no suministraba ningun derecho ni al grado ni al órden subsecuentes. En suma, en el órden de los herederos suyos, si podia presentarse la cuestion de devolucion, sólo era con relacion á los descendientes

(1) D. 38. 16. 1. § 8.
(2) Paul. Sent. 4. 23.

que no fuesen herederos suyos, segun el derecho riguroso, sino que fuesen sólo llamados por la legislacion posterior en la clase de los herederos suyos, sin que adquiriesen la herencia de pleno derecho.

En el órden de los agnados, como la herencia no la adquirian sino por la adicion, se hallaba intacta la cuestion de devolucion. En este estado de cosas, tanto para los unos como para los otros, no podia ó no debia nunca tener lugar la devolucion.

*Imperfecto jure corrigentes.* El pretor se habia guardado bien de establecer la devolucion de grado á grado en el órden de los agnados. Esto habria sido perpetuar este órden, cuando el espíritu del derecho pretoriano se proponia aprovecharse inmediatamente de su decadencia para llamar á la herencia al órden de los cognados, segun su grado de parentesco natural. En esta sucesion pretoriana tenía lugar la devolucion.

*Successionem in agnatorum hereditatibus non esse denegandam,* ni probablemente respecto de las personas llamadas en la clase de los herederos suyos, sin que lo sean realmente. La razon es la misma : ¿Por qué se les negaria un derecho que se halla concedido á los agnados y cognados?

VIII. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

8. Es igualmente llamado á la sucesion legítima el ascendiente que emancipa á su hijo ó á su hija, á su nieto ó á su nieta con reserva de fiducia. Lo que por nuestra constitucion se halla modificado en el sentido de que la emancipacion de los hijos se juzga siempre hecha con reserva de fiducia ; miéntras que entre los antiguos no tenía esto lugar sino en tanto que el ascendiente, habiendo especialmente estipulado esta reserva, hiciese la última manumision.

Segun la ley de las Doce Tablas y el derecho civil riguroso, ¿cuál era la clase hereditaria de los ascendientes en la sucesion de su descendiente? ¿Se hallaban comprendidos en el órden de los agnados? ¿Qué grado en él ocupaban? Debe entenderse que no hablamos ni de los ascendientes por la línea materna, ni de las mismas ascendientes, ya sea la madre, ya la abuela ú otras, pues no formaban parte de la familia civil ; hablamos sólo de los ascendientes paternos. Respecto de éstos, es preciso distinguir dos ca-

sos : 1.°, aquel en que su ascendiente difunto se hallase todavía en el momento de su muerte bajo la patria potestad ; y 2.°, aquel en que hubiese salido de ella en vida de los ascendientes, por emancipacion ó de cualquier otro modo.

En el primer caso, hallándose todavía el difunto bajo la patria potestad, y siendo hijo de familia, no podia obtener ninguna herencia segun la ley de las Doce Tablas. Á su muerte, aquel de los ascendientes que fuese jefe de la familia recobraba, como cosa correspondiente á él, todos los bienes que el hijo de familia, que habia muerto ántes, podia en vida haber tenido á su disposicion. Mas como el hijo de familia no podia hacerse jefe, y por consiguiente, capaz de dejar una herencia, sino por muerte de todos sus ascendientes paternos, pues miéntras quedase uno pasaba sucesivamente bajo la potestad de uno á otro, se sigue de aquí que nunca podia haber cuestion de ascendientes en la sucesion legítima de un hijo de familia, á ménos que no hubiese salido de su potestad en vida suya por efecto de una emancipacion, ó de cualquiera pequeña disminucion de cabeza, lo que forma el segundo caso que habrémos de examinar.

En este segundo caso, habiendo salido ya el hijo de la patria potestad, ningun vínculo de familia civil lo ligaba ya á sus ascendientes, quienes, por consiguiente, no podian tener ningun derecho legítimo á su herencia.

Así, ya sea en el primer caso, porque el hijo de familia difunto no podia tener ninguna herencia, ya en el segundo caso, porque el hijo salido de la familia no estaba ya ligado civilmente á sus ascendientes, nunca, segun la ley de las Doce Tablas, podia haber cuestion de ascendientes en la sucesion legítima.

Veamos las modificaciones que fueron introducidas respecto de estos dos casos en el derecho riguroso, y en primer lugar en cuanto á los hijos de familia sometidos á la patria potestad.

La introduccion de los peculios les permitió una herencia testamentaria ; primero, del peculio castrense, y despues, del peculio cuasi-castrense. Pero esta modificacion no se extendió al principio á la sucesion intestada, porque sabemos que si el hijo de familia moria sin haber hecho testamento, el jefe ascendiente se apoderaba de todos los peculios, no por derecho hereditario, sino por derecho de patria potestad, y con preferencia á todos, áun á los hijos del difunto, segun el derecho escrito (t. I, página 537).

No habia todavía sucesion *ab intestato* para los hijos de familia.

Este género de sucesion no se introdujo respecto de ellos sino con posterioridad por medio de las constituciones imperiales, y de un modo absolutamente excepcional, es decir, sólo para los bienes que hubiese podido obtener el hijo de familia, ya de su madre, ya en general de su línea materna, por donacion, legado ó de otro modo. Veamos por las constituciones, primero de Teodosio y Valentiniano (1), despues de Leon y Antemio (2), y en fin, de Justiniano (3), que respecto de este género de bienes, el órden de sucesion *ab intestato* del hijo de familia se fijó del modo siguiente: 1.°, sus hijos varones ó hembras, nietos ó nietas, y así sucesivamente; 2.°, sus hermanos ó hermanas, de uno mismo ó de diverso matrimonio; 3.°, su padre ú otros ascendientes segun su grado. En este caso, es de tal modo cierto que los ascendientes se presentan en virtud de un derecho de sucesion que les es concedido, y no por derecho de patria potestad, que si el abuelo, jefe de familia, y el padre del difunto viven ambos, el padre sucederá en los bienes maternos, como el más próximo ascendiente, y el abuelo, aunque tenga la patria potestad, sólo disfruta del usufructo á que dicha potestad le da derecho (4).

Todo esto, introducido especialmente en consideracion á los vínculos del matrimonio y al orígen materno de los bienes, habia quedado absolutamente extraño á los peculios castrenses y cuasi-castrenses. El jefe de familia, en caso de fallecer el hijo sin testamento, tomaba siempre dichos peculios por derecho de patria potestad. Pero una disposicion de Justiniano, que hemos visto poco há (5), quiso que estos peculios no pasasen á aquél sino en el caso en que el hijo difunto no hubiese dejado ni hijos ni hermanos ni hermanas. Así Justiniano abrió, con relacion á los peculios castrenses y cuasi-castrenses del hijo de familia, una especie de sucesion *ab intestato*, cuyo órden estaba arreglado del modo siguiente: 1.°, los hijos; 2.°, los hermanos y hermanas. Á falta de éstos, tomaba los bienes el jefe de familia *jure communi*, segun expresion de Justiniano. No cabe la menor duda en que esta expre-

(1) Cod. 6. 61. 3.
(2) Ibid. 4.
(3) Ib. 59. 11.
(4) Cod. 6. 61. 3.
(5) Inst. 2. 12. *princ.*

sion significa que los tomaba por derecho de peculio, y no de sucesion. En primer lugar, la paráfrasis de Teófilo lo dice terminantemente: *Jure communi, id est tanquam peculium paganum.* En efecto, el derecho comun era aquí el derecho de peculio, y no el órden sucesivo y absolutamente excepcional establecido con respecto á los bienes maternos. Por otra parte, los motivos particulares que habian dictado las disposiciones de los emperadores acerca de los bienes maternos, no existian ya aquí. En fin, es evidente, segun resulta de la comparacion de los textos, que aquí el derecho se atribuye á aquel de los ascendientes que se halla revestido de la patria potestad, y que si, por ejemplo, el abuelo y el padre del difunto viven ambos, el primero, jefe de familia, es el que, á falta de hijos ó de hermanos ó hermanas del difunto, toma los bienes castrenses y cuasi-castrenses; miéntras que el padre tomaria por sucesion los bienes maternos, porque en este caso su union inmediata con la madre y con la línea materna, de donde procedian dichos bienes, habia modificado el órden sucesorio establecido en su favor, con perjuicio de los derechos de patria potestad del jefe (1).

Tal era la posicion de los ascendientes en la sucesion de los hijos de familia.

En cuanto á los hijos que habian sido de la familia, viviendo sus ascendientes paternos, por efecto de una disminucion pequeña de cabeza, desde muy luégo se imaginó una primera modificacion en el derecho riguroso. Hemos visto (t. I, p. 158) que el ascendiente que emancipaba á su hijo de familia por medio de las emancipaciones hechas con reserva de fiducia (*contracta fiducia*), se reservaba para sí los derechos de tutela y sucesion asociados al patronato (t. I, p. 160). En este caso el ascendiente emancipador, pero sólo él entre todos los ascendientes, llegaba á la sucesion de aquel descendiente, inmediatamente despues de los herederos suyos. Formaba en cierto modo el órden de los agnados, porque habiendo sido emancipado el hijo, no tenía otros. Segun lo que ya hemos visto acerca de este punto del derecho de Justiniano, y segun lo que el texto aquí repite, sabemos que en todos los casos y de cualquier manera que la emancipacion hubiese sido hecha, el ascendiente emancipador tenía siempre los derechos de tutela y de

---

(1) Mi sabio colega, Mr. Ducaurroy, en sus *Institutas explicadas* profesa una opinion contraria.

sucesion, que habria tenido en otro tiempo por la reserva de fiducia. Sin embargo, Justiniano modificó estos derechos en cuanto al órden sucesorio. Así, el ascendiente emancipador, en calidad de patrono, llegaba el primero, é inmediatamente despues el órden de los herederos suyos con preferencia á todos los demas. Pero Justiniano establece aquí para la herencia del emancipado el mismo órden sucesivo que existia para la herencia de los peculios: 1.°, los hijos; 2.°, los hermanos y hermanas, y 3.°, el ascendiente emancipador ó emancipante (1).

### *De la sucesion de los gentiles* (2).

Queriendo Ciceron dar á conocer todo lo que debe contener una definicion para que sea completa, cita por ejemplo la de los gentiles.

«Los gentiles, dice, son *aquellos que tienen el mismo nombre* »*comun entre sí;* no es esto bastante: *que son de orígen ingenuo;* »no es suficiente todavía: *de los cuales ninguno de sus abuelos ha* »*estado en servidumbre;* ahora falta todavía alguna cosa: *que no* »*han sufrido disminucion de cabeza;* seguramente que no es me»nester más. En efecto, no sé que el pontífice Scévola haya aña»dido nada á esta definicion» (3).

Y sin embargo, á pesar de esta perfecta definicion, no ha habido cosa que más haya quedado en la oscuridad que el saber lo que eran los gentiles.

«Si (*ad*) gnatus NESCIT (*nec sit*) gentiles familiam HERES HANC (*heredes habento*)» (4).

Véase, tal como ha llegado hasta nosotros, el fragmento alterado del texto de las Doce Tablas, que llamaba á la herencia, á falta de agnados, á los gentiles. Pero ¿quiénes eran los gentiles?

Gayo, en su Instituta, despues de haber expuesto la herencia de los agnados, llega á la de los gentiles. «*Si nullus agnatus sit,*

---

(1) Cod. 6. 56. 2. const. Diocl. y Maxim. interpolada por Justiniano.

(2) Véase acerca de la institucion de los gentiles lo que de ellos hemos ya dicho en la *Hist. del Der.*, p. 109, y en la *General.*, p. 42.

(3) Gentiles sunt, *qui inter se eodem nomine sunt:* non est satis; *qui ab ingenuis oriundi sunt:* ne id quidem satis est; *quorum majorum nemo servitutem servivit:* ab est etiam nunc, *qui capite non sunt deminuti.* Hoc fortase satis est. Nihil enim video Scævolam pontificem ad hanc definitionem addidisse. (CICER. TOP. 6.)

(4) Fragmento tomado de Ulpiano, Legum mosaicarum et roman. Collatio, 16, 4.

*eadem lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat.*» Podia creerse que iba á dar aquí algunas explicaciones, pero añade: «*Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus*» (1); pues en este primer comentario no se encuentra nada acerca de los gentiles; una hoja entera que falta en el manuscrito, despues de la exposicion de la tutela de los agnados, contenia probablemente la de los gentiles, y la explicacion á que Gayo se refiere (2), explicacion que ha quedado ignorada.

Más de una conjetura se ha aventurado acerca de este misterio de la asociacion civil de los romanos.

Segun unos, la *gens* se componia de las familias entre las cuales la comunidad de nombre revela un orígen comun, pero tan apartado, que se ha perdido el orígen, no siendo posible descubrir entre los individuos de estas familias verdaderos vínculos civiles de agnacion. Esta opinion es sin disputa la más superficial, y más parece opinion de literato que de jurisconsulto. En efecto, no se trata de vínculos procedentes de un vago supuesto, tomado del simple hecho de tener un mismo nombre (3). Se trata de verdaderos vínculos de derecho civil, que daban lugar á la tutela y á la herencia legítima; que deben, por consiguiente, contarse civilmente por grados, y que se pierden, como nos lo enseña la definicion de Ciceron, por la pequeña disminucion de cabeza, es decir, por efecto de la misma pérdida de la agnacion, en todo individuo que sale de su familia.

Segun las conjeturas de Niebuhr, la *gens* ha sido primitivamente una agregacion política de diversas familias patricias, extrañas unas á otras en cuanto á los vínculos de sangre, y de la patria potestad; pero unidas políticamente en una especie de asociacion civil, en una division territorial de la ciudad, particular á cada una de ellas; formando de este modo una especie de unidad política, en un cuartel comun, con un nombre comun, con un culto privado y sacrificios comunes (*sacra gentilitia*), y una participacion comun, es decir, tomada conjuntamente, como en un solo cuerpo, en las funciones políticas de la ciudad. El número de estas *gentes* está limitado y fijado para la misma constitucion. Son

(1) Gay. 3. 17.
(2) Gay. 1. 164.
(3) Como por chiste, dice Ciceron, hablando del rey Servio Tulio á causa de la simple semejanza de nombre: *regnante meo gentili.*

precisamente las tres tribus y las curias, de que nos habla la historia romana, que contienen dentro de sí esta division. Cada tribu se compone de diez curias, y cada curia de diez *gentes;* por manera que hay en todo cien *gentes* en cada tribu, y trescientas en toda la ciudad. Los comicios por curias (*comitia curiata*) son aquellos en que se hallan convocadas, en las treinta curias que componen, aquellas agregaciones, aquellas *gentes* patricias, que votan en ellos cada una como una sola unidad, dándose el voto, no por individuo, sino por *gens* (1). Tal es la hipótesis del ingenioso historiador, que investiga en la vida de las naciones ejemplos de instituciones semejantes, y que señala en la antigua Atica, lo mismo que en la Italia y en la Alemania de la Edad Media, poblaciones divididas en este modo de especies de *gentes*, tribus ó asociaciones políticas de familias diversas.—Los derechos de tutela y de herencia legítimas se hallan comprendidos desde luégo en cada familia, segun los grados de la agnacion ; y en defecto de ésta pasan á las *gentes*, es decir, á los individuos de la asociacion política, segun los grados de la gentilidad.—Esta asociacion por *gentes* es esencialmente propia de la casta patricia (2); sólo los patricios forman las primitivas *gentes;* sólo ellos eran al principio los verdaderos ciudadanos; sólo ellos votan en aquellos *comitia curiata*, en que el voto se recogia por cada *gens;* los plebeyos no tenian ningun voto que dar, pues no componian ninguna asociacion política, ninguna *gens*.» *¡Vos solos gentem habere!* » Tal era el cargo que más tarde hicieron sus oradores á los patricios (3).—Sin embargo, segun Niebuhr, los emancipados y los clientes de los patricios, unidos en cierto modo al patrono, formaban siempre con él parte de la *gens* á la que éste pertenecia ; eran tambien los *gentiles* individuos diversos de esta *gens* y participaban de los derechos de la gentilidad (4). No se depositaba en el lugar de la sepultura comun sino

---

(1) M. Niebuhr ve la asercion expresa de este hecho en este pasaje de Aulio Gelio : « *Cum ex generibus hominum suffragium feratur, comitia curiata esse.*» (Aul. Gel. XV. 27.) *Genus* se toma aqui por *gens*.

(2) Así *patriciæ gentes* es una circunlocucion frecuentemente usada para designar á los patricios : « *Plebs dicitur in qua gentes civium patriciæ non insunt.*» (Aul. Gel. X. 20.)—« *Jus non erant nisi ex patriciis gentibus fieri consules.*» (Aul. Gel. XVII. 21.) — *Vir patriciæ gentis.*» ( Tito Livio. III. 33 , y VI. 11.)

(3) Tito Livio , X. 8. Vamos en breve á reproducir este pasaje , que nos suministrará alguna luz.

(4) Véase Niebuhr , *Hist. rom.*, 1, 2, p. 23 y 28 de la trad.—Pero sin derecho de votar en las curias , p. 39 y sig.

á aquellos que tenian parte en la *gens* y en su *sacra* (1); el sepulcro de los Escipiones recogió muchos emancipados.—Fuera de esto, es preciso reconocer en la vida del pueblo romano un gran número de *gentes* plebeyas, de quienes la historia nos habla con frecuencia y de un modo positivo (2). Segun Niebuhr eran *gentes* secundarias (de la clase media, de la clase comun, de la municipalidad, segun su expresion), cuya agregacion no es reconocida como *gens*, segun la constitucion política; pero que no deja de existir teniendo sus individuos los derechos de la gentilidad. Pero entónces ¿cuál es la especie de vínculo que los une? ¿En qué se diferencia de la agnacion? ¿Cómo se forma esta especie de asociacion, con un hombre comun, compuesta de familias diversas por su orígen, asociacion que no proviene de la constitucion ni de la organizacion política, y que produce, sin embargo, una gentilidad de derecho civil? Aquí es donde flaquea el sistema conjetural de Niebuhr; no halla aplicacion, ni deja por respuesta á estas preguntas sino vaguedad é incertidumbre.—En fin, ¿en qué corresponde todo este sistema á la definicion tan perfecta que Ciceron pretende haber dado de los gentiles, y á la que el pontífice Scévola nada tenía que añadir? ¿Cómo se comprobará el sistema por la definicion, ó la definicion por el sistema? Niebuhr sale del paso diciendo que la definicion de Ciceron es acomodada á las instituciones de su tiempo, sin que el orador se haya ocupado en explicar el sentido de la palabra en su orígen? (3).

Tal es, y tan claramente cuanto me ha sido posible analizar en pocas palabras, la teoría del ilustre historiador de Roma, teoría que por lo demas se liga estrechamente á la totalidad de su sistema histórico; mas todas las conjeturas no pueden en nuestro concepto considerarse como verdades. Confesando nuestra ignorancia ó nuestra incertidumbre respecto de aquellos puntos de la cuestion que han quedado en la oscuridad, y principalmente acerca de los que se refieren á una época primitiva muy remota, hay, sin embargo, algunos respecto de los cuales creemos oportuno manifes-

---

(1) «*Jam tanta est religio sepulcrorum, ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse; idque apud majores nostras Torquatus in gente Popilia judicavit.*» (CICER. *De legib.* II. 22, 55.)

(2) Así precisamente la *gens Papilia*, de que habla Ciceron en el pasaje que acabo de citar, es una *gens* plebeya; del mismo modo la *gens Ælia*, de que habla FESTO, ó la palabra *gens Ælia*, y tantos otros.

(3) Niebuhr, *Hist. rom.* V. t. 2. (p. 13 de la traduccion), nota 18.—Y para toda esta teoría de Niebuhr, t. 2 de su *Hist. rom.* (p. 1 y sig. de la trad.)

tar nuestro convencimiento y emitir asertos que consideramos como seguros, y que se separan bajo más de un aspecto de las conjeturas de Niebuhr.

Es indudable que los romanos han asociado á la palabra *gens* la idea de un orígen, de un principio de generacion comun, natural ó civil. Esta idea se nos presenta por todas partes. Nos la revelan la filología de la palabra y sus muchas afiliadas (1). La hallamos expresamente enunciada en el texto, que nos da acerca de los *gentiles* una definicion seguramente ménos completa que la de Ciceron, aunque tambien muy posterior: « *Gentiles dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur; ut ait Cincius: Gentiles mihi sunt qui meo nomine appelantur*» (2). La hallamos en Varron, que comparando la filiacion de las palabras con la de los hombres, considera á los gentiles Æmilianos como oriundos de un Æmilio, su padre comun (3); y en Ulpiano, cuando da la definicion de la familia (4). Por último, se encuentra tambien empleada en un sentido que puede considerarse como su límite superior, en aquellos hermosos pasajes del *Tratado de las leyes*, de Ciceron, en los que creeriamos oir la voz del cristianismo proclamando la fraternidad de los hombres y la caridad universal cuando el filósofo pagano revela la idea del hombre criado á imágen y semejanza de Dios, no en su cuerpo, elemento material, sino en su espíritu, emanacion de la Divinidad, y que recibe por ley primitiva y general, y como fundamento de todas las virtudes y de todo derecho, el amor de sus semejantes (5). *Cumque alia quibus cohærent homines e mortali genere sumpserunt, quæ fragilia essent et caduca, animum esse ingeneratum a Deo: ex quo vere vel* AGNATIO *nobis cum cœlestibus, vel* GENUS *vel* STIRPS *appellari potest*»; y más adelante: « *Est igitur homini cum Deo similitudo; quod cum ita sit quæ tandem potest esse proprior certiorve* COGNATIO (6).

---

(1) Véase la numerosa familia de estas palabras: *generare*, *gignere*, engendrar; *generascere*, ser engendrado; *generator*, *genitor*; *generatio*, *generis*, *genealogía*; *genitalis*, *genitivus*; *gener*, yerno; *genus*, et *gens* aplicado á las naciones; *gens romana*, *gens togata*; ó á toda la especie humana, *humana gens*, como salida de un mismo origen.

(2) Festo, en la palabra *Gentilis*.

(3) « *U ab Æmilio homines orti, Æmilii ac Gentiles.*» VARRON, *De ling. latin.* VII. 2.

(4) « *Omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabantur, qui ex eadem domo et* GENTE *proditi sunt.*» Dig. 50. 16. *De verbor. signif.*, 195. § 2. f. Ulp.

(5) «*Unum esse hominum inter ipsos vivendi parem communemque rationem: deinde omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societati juris contineri.*»... « *Nam hæc (omnes virtutes) nascuntur quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est.*» CICERON. *De legib.*, lib. 1.

(6) CICERON. *De legib.*, lib. 1.

Así, véase al hombre que porque ha sido criado por Dios á su imágen y semejanza, se halla unido á él por los vínculos de una *agnacion*, de una *gentilidad* y de una *cognacion*, las más ciertas de todas (1). Véanse los tres nombres del idioma y derecho civil de los romanos, *agnatio, gens, cognatio*, empleados, y precisamente en su órden jurídico, para expresar la idea de este orígen y de este parentesco celestiales (2). Aquí se descubre un rayo de luz.

En efecto, hay que distinguir tres grandes términos en los vínculos de agregacion civil ó natural que se conocian entre los romanos.

La familia (*familia*), á la que corresponden la agnacion (*agnatio*) y el título de *agnados;*

La *gens* (en cierto modo generacion, genealogía), á la que corresponden la *gentilidad* y el título de *gentiles;*

En fin, la cognacion (*cognatio*), á la que corresponde el título de *cognados.*

La familia comprende á todos los ciudadanos, sean patricios ó plebeyos, ingénuos ó libertinos. Sabemos que se hallaba fundada sobre una base absolutamente civil, cual era la potestad paterna; que el vínculo que formaba la agnacion entre sus individuos era el poder paterno ó marital, que los unia ó que los uniria á todos bajo un jefe comun, si el jefe más distante de la familia viviese todavía (*Generalizacion del der. rom.*, p. 30 y sig.).

La *gens* no tiene lugar para todos los ciudadanos; para comprender bien esta relacion del derecho quiritario es indispensable, á nuestro juicio, formar idea de la clientela y de la manumision. La *gens* tiene sólo lugar para aquellos que son de orígen perpétuamente ingénuo, de los cuales ninguno de sus abuelos haya estado nunca en servidumbre ó en cualquiera clientela, y que, por consiguiente, se forman de sí mismos de generacion en generacion su propia genealogía (*gens*). En cuanto á las familias en la actualidad ingénuas, pero de las cuales alguno de sus mayores, por re-

(1) « *Ut homines Deorum agnatione et gente teneantur* », dice todavía Ciceron con más laconismo en el mismo pasaje.

(2) Ciceron emplea cuatro términos en lugar de tres, y los emplea precisamente en el órden legal de herencia, y por consiguiente del vínculo jurídico: *agnatio, gens, stirps, cognatio.* Para mayor claridad hago abstraccion del tercero, *stirps*, que ocupa ménos la atencion, y que por otra parte es un accesorio de la *gens;* pero todo esto se liga entre sí, y yo creo descubrir el lazo que lo une. El sistema que voy á explicar da á conocer perfectamente este lazo, no sólo entre los tres términos, sino áun entre los cuatro.

moto que sea, ha sido, ya cliente de un patricio, ya esclavo, no tienen una genealogía propia; deben su vida y su generacion civil á la raza de patronato ó de manumision, de la que han tomado nombre; y los *sacra*, que es verdaderamente en la ciudad su centro generador, su *gens*. Así los individuos de una familia de orígen perpétuamente ingénuo son á un mismo tiempo entre sí agnados y gentiles; son ademas los gentiles individuos de todas las familias de clientes ó de todas las familias derivadas, que su *gens* ha producido por manumision en una época cualquiera y á quien ella ha dado su nombre y sus *sacra*. Estos últimos tienen *gentiles*; pero ellos no lo son de nadie. Llevan el nombre, y participan de los *sacra* de la *gens* á que se hallan unidos ó de que proceden; puede ser permitido depositarlos en la sepultura de esta *gens*; mas no tienen ciertamente ni la cualidad de gentiles, ni los derechos de herencia ni de tutela propios de dicha cualidad (1).

En cuanto á la cognacion, lo mismo que la familia, tiene lugar para todos los ciudadanos sin distincion. Sabemos que los romanos entendian por cognacion el vínculo que hay entre personas que se hallan unidas naturalmente por una misma sangre, ó que la ley reputa tales (*Generalizacion del der. romano*, p. 41).

Todo individuo de la familia es por esto solo individuo de la cognacion; es tambien por esto solo individuo de la gentilidad, si la hay, es decir, si se trata de una familia de orígen constantemente ingénuo. En otros términos, todos los agnados son cognados entre sí; y si se trata de una familia de orígen perpétuamente ingénuo, todos los agnados son á un tiempo agnados, gentiles y cognados entre sí (2); y ademas son los gentiles de todos los individuos de las familias derivadas de su *gens*. — Por el contrario, todo individuo segregado de la familia deja de ser agnado; deja de ser igual-

---

(1) Se ve que no concedemos, como Niebuhr, el título ni los derechos de gentiles á los manumitidos ni á los descendientes. La definicion de Ciceron, de la que nunca se separa nuestro sistema, repugna absolutamente esta idea. Por lo demas, no hablamos sólo, como Niebuhr, de los manumitidos directamente ligados al patrono por los derechos del patronato, más enérgicos que los de la gentilidad, sino de toda la descendencia de los manumitidos, porque aunque sea ingénuo, sólo debe su existencia civil á la *gens*, de donde su autor comun ha salido por manumision.

(2) Esto es lo que ha inducido á error á los que han creido que la familia y la *gens* eran una misma cosa. En este número debe contarse al ilustre Vico, que seguramente no descubrió el carácter especial y civil de esta institucion. (V. los pasajes en que se habla de ella: *De constantia philologiæ*, t. 3, p. 279 y 198 de la edicion de Milan, 1835. — *De uno univ. jur. princip. et fin.*, lib. 1. §§ CIV y CLXI, t. 3, p. 58 y 107). No hay aquí otro fenómeno que el que se halla en este principio perfectamente conocido. «Todos los agnados son cognados; pero la recíproca no es verdadera.»

mente gentil si se trata de una familia de gentiles (*qui capite non sunt deminuti*, dice la definicion de Ciceron); pero no deja por esto de ser cognado con respecto á aquellos á quienes se halla ligado por los vínculos de la sangre, porque la agnacion y la gentilidad son vínculos civiles, miéntras que la congnacion es un vínculo puramente natural (1).

Esto supuesto, veamos lo que comprende la *gens* en las diversas agnaciones que la componen ó que de ella dependen:

1.° Desde luégo, y sobre todas estas agnaciones, familia ó agnacion de orígen perpétuamente ingénuo; libre en todo tiempo de toda clientela y de toda servidumbre; centro generador que lleva en sí mismo su propia genealogía, que forma la de los demas y que da á todos su nombre y sus *sacra*. Ésta es la *gens;* sus individuos son á la vez agnados, gentiles y cognados, y ademas son los gentiles de todos los individuos de las diversas agnaciones unidas por clientela á la suya y derivadas por manumision de la misma, habiendo tomado su nombre y sus *sacra.*

2.° En un lugar inferior á esta *gens*, como procedente de ella, y habiendo recibido de la misma la existencia civil con su nombre y sus *sacra*, todas las familias ó agnaciones actualmente ingénuas, pero que provienen en una época cualquiera de una manumision verificada por la *gens*. Los individuos de estas diversas familias ó agnaciones son entre sí, cada uno en su respectiva familia, agnados y cognados; pero todos tienen por *gentiles* á los individuos de la *gens*, principio generador de donde civilmente proceden (2).

3.° Probablemente tambien las familias ó agnaciones que proceden de los clientes y que por los vínculos de clientela se hallan unidas á la *gens* suprema, de la que han recibido el nombre y los *sacra*. Cada uno de los que las componen tiene por agnados á to-

(1) Vico padece indudablemente error cuando cree que la *gentilidad* no la pierde aquel que sale de la familia por adopcion (*De uno univ. jur. princip. et fin.*, lib. 1, § CLXXI, t. 3, p. 109).—Esto se halla en contradiccion con el genio del derecho civil romano y con la terminante definicion de Ciceron.

(2) Estas familias derivadas pueden á su vez hacer manumisiones. Respecto de la descendencia de sus manumitidos, no serán una *gens*, pues la *gens* comun es la familia de orígen puro y perpétuamente ingénuo, de la que proceden todas las demas; pero sí serán un tronco ó estirpe (*stirps*). Véanse, pues, las cuatro expresiones reconocidas en el derecho civil romano, y colocadas en su órden jurídico: *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*, tales como las ofrece Ciceron, hablando de nuestro parentesco celestial. Verémos en breve, en un ejemplo notable que nos suministra, suscitarse una controversia judicial ante el colegio de los centumviros, entre el derecho de suceder por estirpe (*stirpe*) ó por gentilidad (*gente*), y precisamente lo que se disputa es la sucesion de un hijo de manumitido.

dos los individuos de su familia respectiva, y por *gentiles* á todos los de la *gens*. Si emitimos esta última opinion como una cosa problable, no es porque nuestra conviccion sea ménos profunda, sino únicamente porque queda siempre alguna oscuridad acerca del privilegio sagrado de la clientela, privilegio exclusivo del poder patricio que desapareció ántes, miéntras que la esclavitud y la manumision han permanecido hasta el fin.

Así, á la manera que la *agnacion* se halla fundada sobre un vínculo comun de poder paterno ó marital, cualquiera que sea la antigüedad á que se refiera dicho poder, del mismo modo la *gentilidad* se funda sobre un vínculo de poder de patronato, tan antiguo como en su existencia sea dicho poder: patronatos, ya de manumitidos, ya de clientes.— La una y la otra, la agnacion lo mismo que la gentilidad, llevan consigo comunidad de nombres y de *sacra*, vínculo civil y religioso; miéntras que la *cognacion*, relacion absolutamente de derecho natural, sólo procede de los vínculos de la sangre. — Una y otra se pierden por la segregacion de la familia, miéntras que la cognacion natural continúa subsistiendo.

Pero el número de estas familias, en las que puede descubrirse en los términos más remotos el tronco de su genealogía, que pueden probar que han sido perpétuamente ingénuas y que en ningun tiempo ninguno de sus abuelos ha estado en clientela, ó que no ha debido á una manumision la libertad y la existencia civil; este número, repito, es por necesidad limitado. La agnacion y la cognacion tienen lugar para todos los ciudadanos, y la gentilidad sólo para aquellas estirpes privilegiadas. Por eso nos dice Paulo en sus Sentencias: «*Intestatorum hereditas lege XII Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur*» (1). *Aliquando quoque*, á veces solamente. Si en los primitivos tiempos sólo los patricios tuvieron el privilegio de gentilidad, era porque, en efecto, al principio sólo ellos tuvieron á toda la plebe bajo su patronato. Todos los plebeyos en los primitivos tiempos defendian por fuerza como clientes de las familias patricias, sin que hubiese ninguno que pudiese decir que procedia de un orígen constantemente libre de todo poder, ninguno que se pudiese llamar *gentil*. — El famoso *vos solos gentem habere* qué Publio Decio Mus lanza en su arenga contra los patricios, se refiere precisa-

(1) Paul. Sent. 4. 8. 3.

mente á esta cualidad de ingenuidad primitiva y originaria (1): no se han buscado para patricios hombres bajados del cielo, pero sí completamente ingénuos. — Pero este privilegio, exclusivo en su orígen, se ha ido con los demas. En efecto, se introdujeron en la ciudad entre sus numerosos aumentos de poblacion, familias plebeyas, que, no habiendo correspondido nunca á aquellos primitivos tiempos, no habian estado nunca sometidas á la clientela de las familias patricias. Esta potestad de clientela, que sólo los patricios habian tenido, acabó por desaparecer complètamente, miéntras que el poder dominical y la manumision se hallaban expeditos para todos los ciudadanos. Véase cómo las familias plebeyas que pudieron descubrir un orígen independiente y siempre ingénuo, formaron á su vez *gentes* como los patricios, y tuvieron el derecho de gentilidad, no con relacion á una descendencia de clientes, pues nunca la habian tenido, sino al ménos con relacion á todos los individuos de las diversas familias derivadas de la suya por manumision, en una época cualquiera. Véase por qué la historia nos indica tantas *gentes* plebeyas. Esto es incontestable con relacion al tiempo de Ciceron; porque si la gentilidad hubiese todavía sido exclusivamente propia del patriarcado, ¿cómo el pontífice Scévola, y cómo Ciceron, que tan prolijamente se empeña en completar su definicion, que puede servir de modèlo, habrian podido presentarla como perfecta, habiendo omitido indicar una condicion tan esencial y tan particular? (2).

Vamos ahora á tratar de la herencia legítima.

Desde luégo llama á ella el derecho civil á los individuos de la familia, á los agnados (herederos suyos ó simplemente agnados).

---

(1) «Semper ista audita sunt eadem; penes vos auspicia esse, *vos solos gentem habere*, vos solos justum imperium et auspicium domi militiæque: æque adhuc prosperum plebeium ac patricium fuit, prorroque erit. In Romæ unquam fando audistis patricios primo esse factos, *non de cœlo demissos*, sed qui patrem ciere possent: *id est nihil ultra quam ingenuos?* Consulem jam patrem ciere possum, exclama entónces Decio, avumque jam poterit filius meus!» Tit. Lib. x, 8.

(2) Segun Vico, cuando los patricios solos dicen *se gentem habere* es que ellos solos tienen el *connubium*, las nupcias, que distinguen las familias, que marcan los descendientes, que separan los unos de otros á los padres, madres, hermanos y hermanas, é impiden los enlaces incestuosos, que no sirven para propagar las generaciones, sino para confundirlas y destruirlas. En cuanto á la plebe, no tiene *gens*, porque se une á manera de las bestias (*quia agitarent connubia more ferarum*); y cuando pretende obtener á su vez el *connubium*, no es éste el derecho de enlazarse con los patricios (*connubia cum patribus*), pues su ambicion no puede ser tan grande, sino el derecho de contraer uniones reconocidas y sancionadas civilmente, como las de los patricios (*connubia patrum*). — Vico, *Scienza nuova*, lib. 2, cap. 7, t. 4, p. 60 de la edicion italiana de Milan, 1836; — t. 2, p. 127 de la trad. de M. Michelet. — Se ve hasta qué punto la imaginacion ha alejado de la verdad al filósofo napolitano.

— A falta de éstos, á los individuos de la *gens*, los gentiles, si hay gentilidad ; y aquí se para. — Sólo el derecho pretoriano llama en tercer lugar á los cognados.

Pero de hecho, sólo por los descendientes de clientes ó manumitidos puede la familia distinguirse útilmente de la *gens;* y por consiguiente, por ellos, despues de los *agnados*, llegan los *gentiles* á los derechos legítimos de tutela y herencia.

En efecto, para los individuos de la *gens*, es decir, de la familia perpétuamente ingénua, la agnacion y la gentilidad se reunen y confunden : estos individuos son á un tiempo entre sí agnados, gentiles y cognados. Y si son segregados de la familia, dejan á un mismo tiempo de ser agnados y gentiles, quedando sólo como simples cognados. Así respecto de ellos y entre sí la familia y la *gens* se confunden (1).

Mas no sucedia lo mismo respecto de las familias descendientes de un cliente ó de un libertino, por distantes que se hallasen de este primer orígen servil. Dejando aparte lo que concierne á la clientela, materia oscura y demasiado antigua, vemos por mucho más tiempo en aplicacion la que procede de la manumision. El manumitido, primer tronco de su familia, habia tomado, al pasar de la esclavitud á la libertad, el nombre del patrono que lo habia manumitido. Por lo que á él respecta, no era ingénuo, no tenía familia anterior ni agnado : era liberto ; y á su patrono y á la familia de éste pertenecian, no por derecho de gentilidad, sino *por derecho de patronato*, la tutela de él, y á falta de herederos suyos, la herencia legítima de sus bienes (t. I, p. 187). Pero en este libertino, si habia contraido justas nupcias, si habia tenido una posteridad legítima, habia tenido principio una nueva familia : todos los individuos de ésta, aunque descendientes de un libertino, eran ingénuos, agnados entre sí, libres de todo derecho de patronato: la serie de ellos formaba una primera aglomeracion, que era para los mismos la familia, el órden de los agnados. Sin embargo, al lado de ella, al lado de esta descendencia legítima del libertino, familia de orígen servil, se habia desarrollado otra aglomeracion ci-

---

(1) Véase por qué Ulpiano, al dar las diferentes acepciones de la palabra *familia*, ha dicho : « *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum : nam etsi, patre familias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et* gente *proditi sunt.* » Dig. 50. 16. *De verbor. signif.*, 195, § 2. f. Ulpiano.

vil, la familia del patrono, familia de orígen ingénuo. Esta última era la *gens* de la otra y de todas sus ramificaciones; porque ella, por medio de la manumision, la habia, por decirlo así, engendrado; y le habia dado con la libertad existencia civil y nombre: no tenía ya sobre ninguno de sus individuos derecho de patronato, pero sí tenía derecho de gentilidad. Así, respecto de las razas de libertinos, la *familia* es cosa distinta de la *gens*: la *familia* es la descendencia legítima del libertino, en todas sus ramas, por descendencia de varones, siendo los agnados los individuos de esta descendencia; la *gens* es la descendencia por varones, la familia legítima del patrono; y los *gentiles* son los individuos de esta familia. — Para ellos, la tutela y la herencia legítima pertenecen desde luégo á sus agnados; es decir, á los individuos de su familia; y á falta de éstos, pasan aquéllas á sus gentiles, esto es, á los individuos de su *gens*. — En cuanto al libertino, tienen el patrono y su familia facultad de suceder por *derecho de patronato;* y en cuanto á los hijos del libertino y á todos sus descendientes, facultad de suceder por *derecho de gentilidad.* No se hallará en toda la legislacion romana otro derecho para hacer que suceda el patrono ó sus hijos á los hijos del libertino, muertos sin posteridad y sin agnados (1).

En suma, los *gentiles* eran, pues, los individuos de la familia de los patricios patronos ó de la familia manumitente, de orígen puramente ingénuo y libre de toda clientela, primero con relacion

(1) Esto es lo que no me parece que han presentado con bastante claridad los que han escrito sobre la materia, y principalmente mi sabio compañero y amigo MR. LAFERRIÉRE, en los articulos con que ha enriquecido la *Revista bretona de Derecho y Jurisprudencia* (Noviembre y Diciembre, 1841; Enero y Febrero, 1842) con este título: *Constitucion de la familia romana y de la gens, segun la ley de las Doce Tablas.* He leido estos articulos con grande interes y utilidad; pero si he comprendido la mayor objecion que se hace contra mis ideas acerca de la gentilidad, dicha objecion se funda en que el patrono y sus descendientes sucederian por continuacion del derecho de patronato, no sólo al libertino, sino áun *á los descendientes de éste*, muertos sin herederos suyos. Confieso que no conozco cosa semejante en la legislacion romana. El *libertino*, pero *sólo el libertino*, está sometido al derecho de patronato: en cuanto á sus descendientes, son ingénuos, libres por consiguiente de este derecho; lo que se refiere al llamamiento del patron ó de sus hijos á los derechos de tutela ó de sucesion, está siempre limitado á la persona del *libertino:* no conozco ningun texto, ningun monumento, ni la ley de las Doce Tablas, ni ningun otro que se extienda á más. Sólo la *gentilidad*, segun yo la comprendo, puede producir este efecto. — Léjos de que mi sistema destruyese el órden de sucesion establecido por las Doce Tablas, se halla enteramente conforme con ésta. Respecto de un individuo de la familia de los clientes, ó respecto de un descendiente de libertino, el órden es el siguiente: 1.° Sus herederos suyos. 2.° Sus agnados (porque hay agnados, es ingénuo; no le conciernen las reglas relativas á la sucesion del libertino). 3.° Sus gentiles (es decir, los individuos civiles de la familia, de que procede la suya, ya por clientela, ya por primitiva manumision).

de unos á otros : lo que entre ellos se confunde con la cualidad de agnados, y ademas con relacion á los individuos de la familia de los clientes, ó de la familia manumitida, y de todas sus ramificaciones.

Esto supuesto, se hace más comprensible la definicion del pontífice Scévola y de Ciceron, siendo clara su exactitud : puede decirse completa, y cada uno de sus términos se halla comprobado. —«*Los gentiles son aquellos que tienen entre sí el mismo nombre comun*»; en efecto, es el nombre de la familia del patrono que ha pasado á la familia de los clientes ó del libertino, y que en ellas resulta comun. Pero esto no basta, porque si nos parásemos aquí, la definicion se aplicaria igualmente á los agnados que tienen tambien entre sí comunidad de nombre. «*Que son de orígen ingénuo*»: véase una nueva circunstancia que especifica mejor y que marca al momento la distincion ó separacion de los agnados, pues no es necesario, para ser agnado, haber nacido de padres ingénuos : no son ménos agnados entre sí los hijos legítimos de un libertino. Todavía no es esto bastante, pues es preciso «*que ninguno de sus abuelos haya estado en servidumbre*»; porque si subiendo hácia sus abuelos se hallase uno solo que hubiese sido cliente ó esclavo, no sería ésta una familia de *gentiles*, sino una descendencia de clientes ó libertinos, que tomaria su existencia civil y su nombre de una familia de patrono ó de una familia manumitente, que sería su *gens*. Ciceron, en fin, añade como último carácter : «*que no hayan sido disminuidos de cabeza*», porque todo individuo que por una disminucion de cabeza ha salido de la familia, de la genealogía superior, ha perdido toda participacion en los derechos de esta familia, y por consiguiente no está ya en el número de los gentiles de la familia subordinada.

La misma definicion de Festo, aunque ménos completa, se halla comprobada : «*Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur*»; la calificacion de *gentil* se aplica á dos circunstancias : ya á la comunidad de orígen para los individuos de la *gens* entre sí, ya á la comunidad de nombre para estos individuos con relacion á la descendencia del cliente ó del libertino.

En fin, para que el conocimiento sea completo, si todavía no lo es, Ciceron nos muestra un proceso llevado ante el colegio de centumviros, que se funda precisamente en el derecho de *gentilidad*,

y en el que vemos que dos familias se disputan la *sucesion de un hijo de libertino* (1).

Por todo lo que precede se ve, pues, que el título y los derechos de *gentil* pertenecian exclusivamente á los individuos de la familia patricia del patrono ó de la familia manumitente, raza originaria é ingénua en su tronco con relacion á los de la familia de los clientes, ó de la familia manumitida; raza civilmente derivada de la otra cliente ó esclava en su principio: pero sin que aquel título ni aquellos derechos fuesen recíprocos con relacion á los demas. Se ve tambien por esto mismo que el título de *gentil* era un título honorífico, pues indicaba en los que lo tenian que pertenecian á una raza primitiva, con su genealogía propia y siempre ingénua, y sin deber su generacion civil á ninguna otra familia, y subiendo siempre de abuelos en abuelos hasta el tronco más distante, hasta personas libres por nacimiento y exentas de toda clientela.

El derecho de gentilidad desapareció con el tiempo: Ciceron habla ya de él como de una cosa rara en su época. En tiempo de Gayo ya no existia: «*Et cum admonuerimus*, dice este jurisconsulto, *totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare*» (2). Y Ulpiano dice despues de éste: *Nec gentilitia jura in usu sunt*» (3). Esta desaparicion sucesiva y al fin total, fácilmente se explica. En cuanto á lo que concierne á la clientela, subordinacion de los plebeyos á

(1) Queriendo mostrar Ciceron cuán indispensable es al orador el conocimiento de la legislacion, dice: «*Quid, qua de re inter Marcellos et Claudios patricios, centumviri judicarum? Cum » Marcelli* liberti filio STIRPE, *Claudii, patricii* ejusdem nominis, *hereditatem* GENTE, *ad se rediisse dicerent: nonne in ea causa fuit oratoribus de toto* STIRPIS *ac* GENTILITATIS *jure dicendum?* » (Cicer., *De Orat.* 1. § 39, edicion de Gruter.) Asi vemos aquí dos familias con el mismo nombre (*ejusdem nominis*): la una patricia y primitiva, la de los Claudios; la otra plebeya, y probablemente derivada de la primera, la de los Claudios-Marcelos. Los Marcelos pretenden suceder por derecho de estirpe (*stirpe*) al hijo de un libertino de su línea (*liberti filio*), ramificacion que con relacion á ellos no puede ofrecer duda, pues tratándose del mismo hijo de un libertino este vínculo es inmediato y reciente. Pero los Claudios, patricios, familia primitiva, pretenden que formando ellos mismos la genealogía de los Marcelos, y por consiguiente de todas sus ramificaciones, les corresponde por derecho de *gentilidad* la sucesion de este hijo de libertino de los Marcelos. — Asi no es posible ninguna duda, ya se trate de la sucesion *de un hijo de libertino*, ya halle su aplicacion el derecho de *gentilidad* á estas especies de sucesiones; y sin embargo, los descendientes de libertinos no son *gentiles*, segun la misma definicion de Ciceron, que exige que ninguno de sus abuelos haya estado nunca en servidumbre. Luego es uno *gentil* respecto de ellos, sin que ellos sean *gentiles* respecto de los demas. En fin, el efecto de la superposicion y cruzamiento de las manumisiones: para la *gens*, genealogía, primitiva y pura, de todas las familias derivadas, y para la *stirps*, familia derivada ella misma, pero que á su vez ha hecho manumisiones: ¿todo esto no aparece evidente en este ejemplo? — *Agnatio, Gens, Stirps, Cognatio*, estos cuatro términos del derecho civil romano ¿no se distinguen bien ahora, y en su órden jurídico?

(2) Gay. 3. 17.

(3) Legum mosaicarum et romanarum collatio, 16. 4. *in fin.*

los patricios, esta antigua relacion quiritaria desapareció, y con ella una gran parte de la gentilidad. En cuanto á lo que concierne á las manumisiones, multiplicándose al infinito la sucesion de las razas y las primitivamente manumitidas, manumitiendo á su vez y creando nuevas razas, que por su parte daban orígen á otras (porque cada manumision producia este efecto), todas estas familias, superpuestas y ramificadas y depurándose á medida que se alejaban de su orígen servil y que se prolongaba en ellas la ingenuidad de generacion en generacion: en fin, ocurriendo todas estas cosas en una progresion ascendente, segun el curso que seguian la multiplicacion de las manumisiones y el aumento de la poblacion, resultó de aquí que inevitablemente debieron perderse los vestigios de los derechos de gentilidad. Esta renovacion de la poblacion, al mismo tiempo que depuraba y multiplicaba las familias secundarias, debió hacer desaparecer, y por decirlo así, disipar en medio de las generaciones sucesivas, las familias primitivas que habian formado el núcleo ingénuo generador, á las cuales estaba exclusivamente reservada la cualidad de gentil. Por una parte, estas familias han venido á ser con el tiempo cada dia ménos numerosas, sobre todo comparativamente con la poblacion comun; y por otra, han perdido las huellas de aquellas en las cuales habia existido su derecho de gentilidad. Si algunas parece que han resistido más, y si en ellas el título y los derechos de gentil han sobrevivido más largo tiempo, éstas han sido naturalmente las familias poderosas, que pierden difícilmente sus huellas, porque en su genealogía cifran su interes y su honor. Esto explica cómo la gentilidad de hecho sólo ha existido por cierto tiempo en algunas familias elevadas, y cómo, en fin, ha llegado á no ser más que un vago recuerdo.

Pero por el efecto misterioso de las tradiciones históricas y populares, miéntras que se ha perdido la idea de la institucion, no siendo ya más que un enigma para los jurisconsultos y para los eruditos, han permanecido las palabras con su verdadero valor en boca del pueblo; y la dominacion de *gentil*, *gentilhomme*, *gentiluomo*, *gentilhombre*, *gentleman*, ha pasado á la mayor parte de las lenguas modernas para expresar lo que se llama un buen linaje, una noble genealogía, una sangre pura (1).

(1) *Gentil* dice mucho más que *ingénuo*: el *ingénuo* ha nacido libre, pero nada indica que su

## TITULUS III.

### DE SENATUS-CONSULTO TERTULIANO.

Lex Duodecim Tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expelebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione UNDE COGNATI accommodata, vocabant.

## TITULO III.

### DEL SENADO-CONSULTO TERTULIANO.

La ley de las Doce Tablas tenía un derecho de tal modo rigoroso, tal preferencia en favor de la descendencia de los varones y tal exclusion contra los que se hallan unidos por los vínculos del sexo femenino, que no concedia ni áun entre la madre y el hijo ó la hija el derecho de venir á la sucesion uno de otro. Estas personas sólo eran llamadas por los pretores en su clase de cognacion, por medio de la posesion de bienes UNDE COGNATI.

Ningun derecho de sucesion civil y recíproca existia entre la madre y sus hijos. Éstos no sucedian á la madre ni como *herederos suyos*, pues no tenía sobre ellos ninguna patria potestad, ni como *agnados*, pues no estaba en su familia : y la madre por su parte no sucedia á sus hijos por ningun título civil. La única excepcion que habia era en el caso en que la mujer hubiese pasado á la mano y á la familia de su marido (*in manu viri*), como ya hemos explicado, t. I, p. 146. Sólo entónces era agnada de sus hijos, considerada con relacion á ellos como en grado de hermana consanguínea, y en este grado existian recíprocamente entre ellos los derechos de agnacion : «*Præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint*» (1). Fuera de este caso, el rigor de la ley civil los dejaba sin derechos; sólo eran llamados en el tercer órden imaginado por el pretor, el de los cognados. De aquél procedieron dos senado-consultos que corregian el rigor del derecho : 1.°, el senado-consulto Tertuliano, relativo á la sucesion de los hijos por la madre ; 2.°, el senado consulto Orfitiniano, relativo á la sucesion de la madre por los hijos.

I. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium li-

1. Mas en adelante se templó este rigor del derecho, y el divino Claudio fué el primero que defirió á una

padre ó alguno de sus abuelos no haya sido cliente ó esclavo : el *gentil* corresponde á una familia completa y perpétuamente libre hasta él.

(1) Gay. 3. 24.

berorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

madre la herencia legítima de sus hijos, como un consuelo en su pérdida.

Sólo se trata aquí de un favor especial concedido por rescripto del emperador Claudio á una madre que habia perdido á todos sus hijos.

II. Postea autem senatus-consulto Tertuliano, quod *divi Hadriani temporibus* factum est, plenissime de tristi successione matri *non etiam aviæ*, deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur in testato mortuorum, *licet in potestate parentis sit:* ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

2. Posteriormente, *en tiempo del divino Adriano*, estableció por punto general el senado-consulto Tertuliano en favor de la madre, *pero no de la abuela*, el derecho de recoger la triste sucesion de los hijos; declarando que la madre ingénua que tuviese tres hijos, ó la manumitida que tuviese cuatro, fuese admitida á los bienes de sus hijos ó hijas muertos *ab intestato*, *áun cuando ella se hallase bajo la patria potestad;* salvo en este caso el no hacer adicion sino por órden del jefe á que se hallase sometida.

*Divi Hadriani temporibus.* No al mismo Adriano, sino á su hijo adoptivo Antonino Pío, se designa aquí con su nombre de adopcion. Bajo su imperio (año 911 de R. y 158 de J. C.) se expidió el senado-consulto Tertuliano.

Este senado-consulto fué una continuacion de la ley PAPIA POPPÆA, que habia reservado el derecho de sucesion testamentaria á los ciudadanos que tuviesen hijos, ó al ménos fué concedido con el mismo espíritu. No establece el derecho de sucesion *ab intestato* de las madres á los bienes de sus hijos, sino como un privilegio de las que tuviesen un número determinado de ellos fijado por la ley. De las madres que habian llegado á tener este número, que era de tres para las ingénuas y cuatro para las manumitidas, se decia que tenian el *jus liberorum.* Los jurisconsultos discutian con el mayor interes las condiciones del *jus liberorum:* los hijos debian nacer vivos y de tiempo; con todo, en el séptimo mes aprovechaban ya á la madre; cada parto se contaba por un hijo, cualquiera que fuese el número de los que diese á luz: los abortos y los próductos inertes ó monstruosos de nada aprovechaban. Tales eran, y áun otras semejantes, las cuestiones debatidas por los jurisconsultos en esta materia tan importante, pues se referia á uno de los primeros gra-

dos de sucesion (1). Sin embargo, algunas mujeres que no tenian ni habian nunca tenido, con arreglo á la ley, el *jus liberorum*, por no haber llegado á tener el número determinado, podian obtener aquél del Emperador (2). Así, la sola voluntad del Príncipe podia, por medio de un rescripto individual, alterar el órden de una sucesion.

*Non etiam aviæ.* El senado-consulto no se extendia á la abuela; teniendo cada madre el *jus liberorum*, podia suceder á sus hijos, pero no á sus nietos.

*Licet in potestate parentis sit:* esto puede suceder frecuentemente, pues ni por el matrimonio ni por la edad sale la mujer de la potestad y familia de su padre.

III. Præferuntur autem matri, liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur *ex constitutionibus* matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus et proavus, matri anteponitur, *scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur.* Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori.

3. Son preferidos á la madre los hijos del hijo difunto, herederos suyos, ó considerados como tales, ya en primer grado, ya en cualquiera otro. Y si la muerta es una hija fuera de potestad, su hijo ó su hija serán preferidos *por las constituciones* á la madre de la difunta, es decir, á su abuela. Igualmente en uno y en otro caso el padre, pero no el abuelo ni el bisabuelo, es preferido á la madre, *con tal, sin embargo, que sólo entre ellos se dispute la herencia.* El hermano consanguíneo del hijo ó de la hija excluia á la madre; la hermana consanguínea era admitida con ella; pero si habia un hermano ó una hermana consanguíneos, y la madre tuviese el derecho de hijos, ésta era excluida por el hermano, y la herencia se distribuia igualmente entre el hermano y la hermana.

Esta sucesion de la madre en los bienes de los hijos es un género absolutamente especial de sucesion, que no es ni la de los agnados ni la de los cognados; que no se coloca positivamente ni ántes ni despues, pero que se arregla por un órden particular, segun el grado de parentesco.

Así, ántes de la madre se hallan colocados siempre, cuando concurren directamente con ella, sin distinguir en virtud de qué derecho sucesorio se presentan, herederos suyos, agnados, cogna-

(1) Véanse todas las reglas minuciosas en las Sentencias de Paulo, 4. 19.
(2) Paul. Sent. ib.

dos ó poseedores de bienes: 1.°, los *hijos* del hijo ó de la hija difunta; 2.°, el padre, pero no el abuelo; 3.°, los hermanos consanguíneos, de los cuales, aunque no se presente más que uno, basta éste para excluir á la madre. Las hermanas consanguíneas, cuando se hallan solas y sin ningun hermano, no excluyen á la madre, que tiene una parte con ellas. Y de esta jerarquía particular de grados, resulta que esta sucesion, 1.°, es siempre excluida por el órden de los herederos suyos; 2.°, excluye siempre á los agnados desde cierto grado, pero se halla excluida por los del grado superior, ó concurre con algunos; 3.°, no excluye siempre á los cognados; algunos ejemplos darán á conocer estas consecuencias.

Mas un principio, que es preciso establecer ántes de todo, y sin el cual no podria comprenderse la clase de esta sucesion materna, consiste en que es necesariamente indispensable para que el órden de preferencia que acabamos de indicar produzca su efecto; por ejemplo, para que el padre sea preferido á la madre, y la excluya, ó bien para que la madre sea preferible al abuelo, y lo excluya, es preciso que se establezca el concurso directamente entre ellos solos.

*Scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur.* De esta manera enuncia nuestro texto este principio; parece querer referirlo únicamente al padre y al abuelo; pero el principio es general. Nos resta aplicarlo á diversos casos.

1.° Los hijos de un hijo excluyen siempre á la madre de este último, si son herederos suyos ó llamados en el número de los herederos suyos. Pero supongamos que en el momento del fallecimiento de su padre se hallen los hijos en una familia adoptiva; sabemos que en esta situacion no tienen á la sucesion paterna ni derecho de herencia, ni derecho de posesion de bienes, á no ser como cognados; despues del órden de los agnados, ¿excluirán á la madre? Es menester distinguir: si existen agnados, no se establece directamente el concurso entre la madre y los hijos que se hallen en una familia adoptiva; pero sí entre la madre y los agnados, pues áun suponiendo que la madre fuese separada, serian, no ya los hijos, sino los agnados los que sucederian. Por consiguiente, la existencia de los hijos no tendrá influencia; la madre excluirá á los agnados, y se presentará á la heruncia. Pero si no hay agnados, se presenta el órden de los cognados; entónces los hijos, aunque se hallen en una familia adoptiva; pero sí entre la madre y

los agnados, pues áun suponiendo que la madre fuese separada, serian, no ya los hijos, sino los agnados los que sucederian. Por consiguiente, la existencia de los hijos no tendrá influencia; la madre excluirá á los agnados, y se presentará á la herencia. Pero si no hay agnados, se presenta el órden de los cognados; entónces los hijos, aunque se hallen en una familia adoptiva, son llamados en este órden, y se establece directamente el concurso entre ellos y la madre del difunto: ésta queda excluida (1). Así, en este caso, la sucesion materna, que excluia el órden de los agnados, no excluye al de los cognados.

En cuanto á los hijos de una hija, no eran herederos suyos con relacion á ella, pues ésta no tenía ningun heredero suyo; sólo le sucedian, en virtud del senado-consulto Orfitiano, ántes de todos los agnados; y en esta posicion, las constituciones imperiales los llamaban especialmente con preferencia á la madre; esto es lo que nos indica el texto por las palabras *ex constitutionibus* (2).

2.° Los hermenos consanguíneos, siempre que no habia herederos suyos ni hijos llamados en el número de éstos, llegaban al frente de los agnados, y excluian á la madre.

3.° El padre, siempre que se hallaba en la posicion que hemos expuesto más arriba, con derecho de sucesion inmediata á su hijo ó hija ántes fallecidos, excluye á la madre. Pero supongamos que se tratase de un padre que ha sido emancipado ó dado en adopcion por el abuelo. En este caso, sabemos que era excluido por los agnados, y que no tenía derecho sino despues de ellos, como cognado. Si, pues, hay agnados, como, por ejemplo, una hermana consanguínea, no estableciéndose directamente concurso entre la madre y el padre (pues este último no tiene ningun derecho), llegará la madre, y partirá la herencia con la hermana consanguínea, ó, si sólo hay agnados más distantes, ella los excluirá. Pero si no hay ningun agnado, llega el órden de los cognados, en el que se halla el padre, y se establece concurso entre él y la madre: ésta quedará excluida (3).

4.° El abuelo era excluido por la madre, siempre que concurria

(1) Dig. 38. 17. 2, § 9. f. Ulp.

(2) Una constitucion acerca de ese punto, de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, se halla concebida en estos términos: «Quotiens de emancipati filii filiæve successione tractatur: filiis ex his genitis defferatur intacta pro solido successio, neque ulla defuncti defuntæve patri matrive concedatur intestæ successionis hereditas.» (Cod. 6. 57. 4.)

(3) Dig. 38. 17. 2. §§ 17 y 18. f. Ulp.

directamente y sólo con ella; pero supongamos que se tratase de la sucesion de un nieto emancipado por su abuelo, y dejando, fuera de este abuelo, á su padre y á su madre. El abuelo, en calidad de emancipador, es preferido al padre; ¿será excluido por la madre? No, porque ésta no excluiria al abuelo sino para hallarse en presencia del padre, que entónces á su vez la excluiria á ella, y que hallándose de este modo en presencia del abuelo emancipador, sería aquél en definitiva excluido. Éste sería un círculo inútil. Vale más conservar al abuelo su derecho; así la madre no lo excluirá, porque el debate hereditario no se agita directamente entre ellos solos (1).

La última observacion es que en este género de nueva sucesion habia siempre sido admitida la devolucion: si las personas preferidas á la madre y que le oponian obstáculo rehusaban la herencia, llegaba la madre; y, por el contrario, si la madre rehusaba, la sucesion legítima seguia su curso, y los agnados, que hubieran sido excluidos por ella si ésta hubiese aceptado, sucedian en su clase (2).

Por lo demas, este órden hereditario que acabamos de exponer se refiere al derecho primitivo del senado-consulto, pero ha sido bastante modificado por los emperadores, y en fin por Justiniano, como vamos á explicarlo en los párrafos siguientes.

IV. Sed nos constitutione *quam in Codice nostro nomine decorato posuimus*, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt; ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

4. Pero nos, en una constitucion *inserta en nuestro Código*, considerando los vínculos de la naturaleza, la crianza y sus peligros, y la muerte que frecuentemente ocasiona, hemos discurrido que era preciso auxiliar á la madre, y que sería impío convertir contra ella un caso puramente fortuito. En efecto, una mujer ingénua, por no haber tenido tres partos, ó una manumitida cuatro, era injustamente privada de la herencia de sus hijos. ¿Tiene ella culpa de no haber tenido muchos, sino pocos hijos? En su consecuencia, hemos dado á las madres un derecho pleno y legítimo, ya sean ingénuas ó manumitidas, ya hayan tenido tres ó cuatro hijos, ó sólo el que la muerte acaba de arrebatarles; y de esta manera serán llamadas á la sucesion legítima de sus hijos.

(1) Dig. 38. 17. 5. § 2. f. Paul.
(2) Dig. ib. 2. §§ 9. 14. 20 y 22. f. Ulp.

*Constitutione quam in Codice posuimus.* Es la constitucion 2 del título 59, lib. 8 del Código de Justiniano. Sin embargo, la constitucion que le precede, tomada de Honorio y de Teodosio, podria hacer creer que áun ántes de Justiniano, el *jus liberorum*, que se podia obtener por rescripto imperial, sin estar en las condiciones establecidas, habia sido generalizado y concedido por aquellos emperadores á todas las madres, cualquiera que fuese el número de sus hijos (1). Pero esta constitucion debe haber sido alterada, ó desfigurado su sentido por los redactores del *Código de Justiniano:* el párrafo siguiente nos servirá para restablecer el sentido que debia probablemente tener, y para indicar el órden cronológico de las modificaciones introducidas, bajo este aspecto, en la sucesion materna.

V. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant; sed *in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant:* novis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris et sororis persona; *sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes;* ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

5. Mas como ántes las constituciones relativas á los derechos de sucesion legítima, siendo por una parte favorables á la madre, y siendo por la otra en perjuicio suyo, no la llamaban para la totalidad, sino que, *en ciertos casos, la privaban de un tercio para darlo á ciertos agnados, y en otros casos hacian todo lo contrario*, hemos querido que la madre fuese pura y simplemente preferida á todos los herederos legítimos, y recibiese sin ninguna disminucion la sucesion de los hijos, á excepcion de los hermanos y hermanas, *ya consanguíneos, ya simplemente cognados.* Así, á la manera que la llamamos ántes de todo el órden de los herederos legítimos, del mismo modo llamamos con ella á todos los hermanos y hermanas, agnados ó no, para percibir juntos la herencia, aunque en la proporcion siguiente. Si no quedan, con la madre del difunto ó la difunta, más que hermanas agnadas ó cognadas, la madre tendrá la mitad, y las hermanas la otra mitad entre todas. Mas si con la madre sobrevive un hermano, ó hermanos solos, ó con ellos hermanas agnadas, ó simplemente cognadas, la herencia *ab intestato* se distribuirá por cabezas.

(1) Esta constitucion se halla así concebida: «Nemo posthac a nobis jus liberorum petat: quod »simul hac lege omnibus concedimus.» (Cod. 8. 59. 1.)

*In quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant.* Hallamos estas constituciones en el Código Teodosiano : son, la una de Constantino, y la otra de los emperadores Valentiniano y Valente. Principian realmente á destruir el privilegio de *jus liberorum*, y á hacerlo general á todas las madres, al ménos para una parte de la sucesion. Así, segun estas constituciones, cuando una madre que tenga el *jus liberorum* concurre con un tio paterno de su hijo difunto, ó bien con hijos ó nietos de este tio, en vez de excluirlos totalmente, como lo habria hecho segun el senado-consulto, tomará los dos tercios, y lo restante que se le separa pasará á estos agnados (*tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis*). Si, por el contrario, es una madre que no tenga el *jus liberorum*, en vez de ser excluida totalmente por ellos, como lo hubiera sido segun el senado-consulto, tomará un *tercio*, y estos agnados sólo conservarán los dos tercios restantes (1). Lo mismo sucedia con respecto á los hermanos consanguíneos emancipados, y por consiguiente colocados por el senado-consulto despues de la madre: ésta, concurriendo con ellos, les abandonaba, ó bien por el contrario tomaba de ellos un tercio de la sucesion, segun que tenía ó no el *jus liberorum* (2).

Es probable que la constitucion de Honorio y de Teodosio, citada en el párrafo anterior, se refiriese á este género de ventajas, por medio de las cuales era admitida la madre á la herencia de sus hijos, áun en el caso de que no tuviese el *jus liberorum;* y que los emperadores tomasen de aquí motivo para declarar que en atencion á estas ventajas no concederian ya á ninguna madre el *jus liberorum* por rescripto individual y privilegiado.

Lo que parece indudable, ya por nuestro texto, ya por la paráfrasis de Teófilo, es que Justiniano fué el primero que derogó estas disposiciones relativas á la segregacion ó concesion de un tercio, y que, por consiguiente, suprimió toda la diferencia entre las madres que tuviesen ó no el número establecido de hijos.

*Sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes.* No se tendrá ya más en consideracion sino al vínculo fraternal procedente de la sangre, y la madre no será totalmente excluida por los

(1) Cod. Teod. 5. 1. 1.
(2) Cod. Teod. 5. 1. 2.

hermanos y hermanas : si hay hermanos solos ó hermanos con hermanas, concurrirá con ellos por una parte; si no hay más que hermanas, tomará ella sola la mitad de la herencia.

VI. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere; scituris eis quod, *si tutores liberis non petierint*, vel in locum remoti vel excusati *intra annum* petere neglexerint, ab eorum *impuberum morientium* successione merito repullentur.

6. Pero si hemos atendido á los intereses de las madres, es preciso que ellas atiendan á los de sus hijos. Que sepan, pues, que si descuidan pedir *dentro del año*, ya el *nombramiento de un tutor á sus hijos*, ya su reemplazo en caso de exclusion ó de excusa, serán con razon rechazadas de la sucesion de estos hijos *que mueren impúberos*.

*Si tutores liberis non petierint.* Esta negligencia no sería un motivo de exclusion contra una madre de ménos de veinte y cinco años de edad, sino sólo contra las mayores de dicha edad.

*Intra annum.* La obligacion impuesta á la madre era de provocar en caso necesario el nombramiento de tutor, inmediatamente (*confestim*), á ménos de impedírselo alguna enfermedad ú otra causa grave ; de manera que del término de un año no debia excederse nunca : « *ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet* » (1).

Los jurisconsultos discutian minuciosamente las diversas especies en las cuales habria ó no prescripcion, segun las circunstancias.

*Impuberum morientium.* Si el hijo, á quien la madre ha descuidado nombrar un tutor, ha llegado á la pubertad, y muerto púbero, ningun obstáculo puede oponerse ya á la madre. La pubertad del hijo, y la posibilidad que ha tenido, pero de la que no ha querido usar, de alterar por testamento el órden legítimo de su sucesion, bastan para asegurar á la madre.

VII. Licet autem vulgo quæsitus sin filius vel filia, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertuliano senatus-consulto admitti.

7. Poco importa que el hijo ó la hija hayan nacido de padre incierto: no por eso es ménos admisible la madre á la sucesion de sus bienes, en virtud del senado-consulto Tertuliano.

No es el *vínculo civil* el que produce los derechos de la madre á la sucesion de sus hijos, segun el senado-consulto Tertuliano, pues

(1) Dig. 38. 17. 2. § 43. f. Ulp.

entre ella y ellos no existe ningun vínculo civil. Es únicamente el vínculo natural : mas respecto de la madre, los romanos reconocian este vínculo, lo mismo con relacion á los hijos vulgarmente concebidos, que con relacion á los legítimos.

## TITULUS IV.

### DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur senatus-consulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est *divi Marci temporibus;* et data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et *præferuntur consanguineis* et agnatis defuncta matris.

## TÍTULO IV.

### DEL SENADO-CONSULTO ORFITIANO.

Por el contrario, la admision de los hijos á los bienes de su madre intestada ha sido establecida por el senado-consulto Orfitiano, expedido bajo el consulado de Orfito y de Rufo, *en tiempo del divino Marco Aurelio.* La herencia legítima se defiere así tanto al hijo cuanto á la hija, áun sometida al poder de otro, *con preferencia á los consanguíneos* y á los agnados de la madre difunta.

*Divi Marci temporibus.* El senado-consulto Orfitiano corresponde al año 931 de Roma (178 de J. C.), bajo el reinado de los emperadores Marco Aurelio (que Ulpiano designa con su nombre de adopcion, Antonino) y Commodo (1).

*Præferuntur consanguineis et agnatis.* Así los hijos llegaban los primeros á la sucesion de su madre y ántes del órden de los agnados. No formaban un órden de herederos suyos, pues la madre no podia tenerlos ; pero ocupaban el lugar de tales, siendo llamados ántes de todos los demas.

Precedian aún al padre de su madre difunta, pues los derechos de sucesion concedidos al padre, como los hemos expuesto ántes, no lo eran sino á falta de hijos.

En fin, precedian igualmente á la madre de su madre difunta, que hubiese invocado el senado-consulto Tertuliano, para llegar á la sucesion de su hija. Esta procedencia no se hallaba establecida por los dos senado-consultos, que habian guardado silencio acerca de este punto, sino por constituciones imperiales, y principalmente por la de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, cuyo texto hemos dado.

(1) « *Sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata, id actum est....,* etc. » (Ulp. Reg. 26. 7.) Marco Aurelio, hijo adoptivo de Antonino, se halla aquí designado con su nombre de adopcion.

I. Sed cum ex hoc senatus-consulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc *constitutionibus principalibus* emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.

1. Pero como este senado-consulto no llamaba á los nietos á la sucesion legítima de su abuela, posteriormente se corrigió esto por *constituciones imperiales*, que llamaron, á ejemplo de los hijos é hijas, á los nietos y nietas.

*Constitutionibus principalibus.* La primera constitucion en que hallamos el derecho de sucesion del senado-consulto Orfitiano, extendido aún á la herencia de la abuela, es de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio : se encuentra á un tiempo en el Código Teodosiano y en el Justinianeo (1).

II. Sciendum est autem hujusmodi successiones, quæ à Tertulliano et Orphitiano senatus-consultis deferentur, *capitis deminutione non perimi*, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

2. Debe saberse que estas sucesiones deferidas por los senado-consultos Tertuliano y Orfitiano *no se pierden por la disminucion de cabeza*, segun las reglas de que la disminucion de cabeza no arrebata las herencias legítimas nuevamente introducidas, sino sólo las de las Doce Tablas.

*Capitis deminutio non perimi.* Bien entendido por la pequeña disminucion de cabeza; pues por la grande y por la media sucederia otra cosa. En efecto, el derecho de suceder en general y en cualquier órden que sea (poco importa que sea civil, pretoriano, senado-consular ó imperial) es siempre un derecho de ciudadano: no se le tiene ya, si se han perdido los derechos de ciudad, como sucede por la máxima y media disminucion. En cuanto á los derechos de suceder en uno de los órdenes establecidos por la ley de las Doce Tablas, es un derecho de familia : se pierde por la pequeña disminucion de cabeza, pues así se sale de la familia. Por el contrario, siendo las nuevas sucesiones creadas por los senado-consultos ó por los emperadores, lo mismo que los derechos de posesion concedidos por el pretor, únicamente establecidos á causa de los vínculos de sangre, y no los de familia, no experimentan ninguna alteracion por la pequeña disminucion de cabeza.

III. Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus-consulto admitti.

3. Debe saberse, en fin, que áun los hijos nacidos de padre incierto son admitidos por este senado-consulto á la herencia materna.

(1) Cod. Teod. 5. 1. 4.— Cod. Justin. 6. 55. 9.

La madre no tenía nunca lo que en el derecho romano se llamaba hijos *legítimos*, es decir, hijos que ella tuviese bajo su potestad, y que fuesen bajo ella individuos de su familia. Este vínculo legítimo sólo existia entre el padre y los hijos que se hallaban bajo su potestad : la legitimacion en derecho romano no se referia nunca sino al padre, y no á la madre. En efecto, relativamente á ésta y á sus hijos, como no se consideraba entre ellos ningun vínculo de familia, sino sólo los de la sangre, no se habia establecido ninguna diferencia entre los habidos de justas nupcias, los nacidos de un concubinato ó áun vulgarmente concebidos, pues su filiacion con respecto á la madre era igualmente cierta, y su salida del seno materno tan indudable respecto de los unos como respecto de los otros ; por consiguiente, en los derechos de sucesion ó de posesion de bienes concedidos, ya á la madre respecto de sus hijos, ó ya á los hijos respecto de la madre, por los pretores, por los senado-consultos ó por los emperadores, no se habia tenido en cuenta ninguna diferencia de nacimiento.

Sin embargo, manteniendo Justiniano en una nueva Constitucion, á los hijos nacidos de un concubinato, la integridad de sus derechos á la herencia materna, coloca los hijos vulgarmente concebidos (*spurii*) en una clase especial y ménos favorecida. Quiere, pero sólo en el caso en que su madre fuese una mujer *ilustre*, y que tuviese otros hijos habidos de justas nupcias, que no puedan haber nada de ella, ya por donacion, ya por testamento ó ya por sucesion *ab intestato* (1).

IV. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus addeant, reliquis qui adierint, acrescit illorum portio ; et *licet ante decesserint*, *ad heredes tamen eorum pertinet.*

4. Si entre muchos herederos legítimos, algunos han repudiado la herencia, ó no han podido hacer adicion de ella por habérselo impedido, ya la muerte, ya otra causa cualquiera, su parte acrece á los que han hecho adicion : y si éstos *hubiesen ya muerto, la acrecion no tendrá menor lugar en provecho de sus herederos*.

No se trata ya en este párrafo de la sucesion del senado-consulto Orfitiano, sino del derecho de acrecion para todos los herederos legítimos. Como este derecho es comun á los herederos tes-

(1) Cod. 6. 57. 5.

tamentarios, á todos los herederos *ab intestato*, y áun á los poseedores de bienes, tratarémos de él en adelante en un capítulo especial, despues que hayamos explicado todos los géneros de herencia.

*Licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.* Es la explicacion del principio que ya hemos enunciado (t. I, p. 561), comparando el derecho de sustitucion con el derecho de acrecion, á saber, que el derecho de acrecion es forzoso; que tiene lugar de pleno derecho como consecuencia inevitable de la primera adicion, y que por consiguiente se arregla, ya respecto de las condiciones de capacidad, ya respecto de la adquisicion, por la época de dicha adicion. Vemos aquí un ejemplo : Una vez que uno de los herederos ha hecho adicion, tiene derecho á las acreciones que pudiesen ocurrir despues si los otros coherederos ó algunos de ellos llegasen á rehusar ó no poder aceptar su parte. Y áun cuando estas acreciones sólo ocurriesen despues de su muerte, no serian por eso ménos en provecho suyo, ó al ménos en provecho de los que hubiesen recogido sus bienes y sucedido en sus derechos; porque en la parte hereditaria aceptada, en cualesquiera manos que se halle, ó por mejor decir, en la persona jurídica del heredero aceptante, á cualquier cabeza que haya pasado, y no á su persona física é individual, tiene lugar la acrecion.

## TITULUS V.

### DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

## TÍTULO V.

### DE LA SUCESION DE LOS COGNADOS.

La ley de las Doce Tablas no reconocia otro órden de sucesion que éste : 1.°, de los *herederos suyos ;* 2.°, de los *agnados*, y á falta de éstos, de los *gentiles*, si habia lugar. Si no existia ninguno de estos órdenes, la sucesion quedaba en desherencia ó caduca, cualesquiera que fuesen los parientes naturales que existiesen, porque la sucesion se hallaba rigurosamente comprendida en la *familia* y en la *gens*. Acabamos de ver las modificaciones que templaron este rigor; cuáles parientes fueron comprendidos por los pretores ó por los emperadores con los herederos suyos, ó con los agnados, aunque no pertenecen á estos órdenes, y qué nuevas sucesiones fueron creadas por los senado-consultos.

Pero, á falta de éstos, el pretor, en vez de dejar que la sucesion

cayese en desherencia, abandonándola al tesoro público, habia llamado á un tercer órden de su creacion, al de los cognados, es decir, de los parientes unidos por los vínculos naturales de la sangre, si no lo eran por los de la familia civil. Sin embargo, no les habia dado el pretor un derecho de herencia, porque el pretor no podia hacer herederos (*nam prætor heredes facere non potest*) (1). Esta potestad estaba sólo reservada á la ley, ó á cualquiera otra constitucion legislativa, como los senado-consultos ó las constituciones imperiales : «*Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus-consultum et constitutionem principalem*» (2). El pretor sólo habia concedido una posesion de bienes, una especie de sucesion pretoriana, por medio de la cual llegaba á un resultado semejante : «*Sed cum eis quidem prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*» (3). Así, el órden de los cognados no es, como los precedentes, un órden de herederos, sino sólo un órden de poseedores de bienes.

Post suos heredes eosque quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant; et post legitimos quorum numero sunt agnati, et ii quos in locum agnatorum tam supra dicta senatus-consulta quam nostra erexit constitutio, proximos cognatos prætor vocat.

Despues de los herederos suyos ó llamados en número de los suyos por el pretor y por las constituciones, y despues de los herederos legítimos (á saber, los agnados y los llamados en la clase de agnados, tanto por los senado-consultos ántes citados, cuanto por nuestra constitucion) el pretor llama á los cognados más próximos.

I. Qua parte, naturalis cognatio spectatur, nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege Duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætercio ordine vocantur. *Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis*, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutio-

1. En este órden la cognacion natural es lo que se considera; así los agnados disminuidos de cabeza, y todos sus descendientes, no están ya en el número de los herederos legítimos, segun las Doce Tablas; pero son llamados por el pretor en el tercer órden ; *exceptuándose sólo el hermano y la hermana emancipados*, pero no sus hijos; porque llamados por la ley de Anastasio en concurrencia con los hermanos, que han quedado en la integridad de sus derechos, á la sucesion legítima de su hermano ó hermana, no por iguales porciones, sino con una disminucion

(1) Gay. 3. 32.
(2) Ib.
(3) Ib.

nis verbis colligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.

suficientemente indicada por el texto de esta constitucion, pasan, aunque disminuidos de cabeza, ántes de los otros agnados de un grado inferior, y con mayor razon, ántes de los cognados.

*Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis.* Hemos expuesto ántes los derechos de sucesion que les han sido concedidos por Anastasio en la clase de los agnados. Por consiguiente, si existen tales hermanos, se presentan como agnados, y no hay lugar para el órden pretoriano de los cognados.

II. Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transversa cognatione junguntur, tercio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

2. Aquellos que se hallan unidos por hembras en línea colateral, son llamados por el pretor en el tercer orden de sucesion en su grado de proximidad.

III. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

3. Los hijos que se hallen en una familia adoptiva son igualmente llamados en este órden á la sucesion de sus padres naturales.

Segun las alteraciones introducidas por Justiniano acerca de los efectos de la adopcion, esta disposicion del edicto no tiene ya efecto para los hijos dados en adopcion por su padre á un extraño, pues en este caso nunca se pierden los derechos de familia. Pero la disposicion se aplica á los emancipados que se hubiesen dado en adrogacion, porque Justiniano no destruyó los efectos de la adrogacion.

IV. *Vulgo quæsitos* nullum habere agnatum manifestum est; cum agnatio a patre, cognatio a matre sit; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum igitur cognati sunt sibi, sicut ex matre cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

4. Los hijos *habidos de padre incierto* no tienen evidentemente ningun agnado, porque del padre viene la agnacion, y de la madre sólo la cognacion; pues son reputados como si no tuviesen padre. Por la misma razon ni áun son consanguíneos entre sí; pues el derecho de consanguinidad es una especie de agnacion. Son, pues, entre sí, simples cognados, cognados por su madre. La posesion de bienes que llama á los cognados por su grado de proximidad, á todos ellos es aplicable.

*Vulgo quæsitos.* Siendo su filiacion cierta con relacion á la madre, y, por consiguiente, tambien con relacion á todos los parien-

tes maternos, son llamados, no sólo á la sucesion materna por el senado-consulto Orfitiano, sino tambien á la sucesion, unos de otros, como nos lo dice aquí el texto (1) (*sibi*), y áun á la de los parientes maternos (2), segun la proximidad de su grado (*proximitatis nomine*), en el órden de los cognados.

Los hijos nacidos de un concubinato, y que teniendo un padre cierto, se hallaban indudablemente unidos por los vínculos naturales de la sangre, no sólo á la madre y á los parientes maternos, sino tambien al padre y á los parientes paternos. El texto no nos dice aquí ni en ninguna otra parte si eran llamados por el pretor en la clase de los cognados á la sucesion de los parientes paternos; pero la afirmativa no admite duda.

V. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, *etsi decimo gradu sit*, sive de lege Duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem qui *usque ad sextum gradum* cognationis sunt; *et ex septimo, a sobrino sobrinaque nato natæve.*

5. Aquí es necesario advertir que por derecho de agnacion, ya sea que se trate de la ley de las Doce Tablas, ya del edicto pretoriano relativo á la posesion de bienes en favor de los herederos legítimos, se admite á cualquiera á la herencia, aunque *se halle en el décimo grado.* Pero en el órden de proximidad, no promete el pretor la posesion de bienes hasta el *sexto grado* de cognacion; y *en el sétimo, á los hijos de su primo hermano ó prima hermana.*

*Etsi decimo gradu sit.* Expresion que es sólo enunciativa y no limitativa; porque los agnados, segun lo que ya hemos visto ántes, son llamados hasta el infinito (3).

*Usque ad sextum gradum.* El sexto grado es el límite general para los cognados. No hay más excepcion que la siguiente:

*Et ex septimo, a sobrino sobrinaque nati natæve.* Los primos hermanos, es decir, hijos de hermanos ó hermanas, se llamaban generalmente en latin *consobrini;* se hallaban entre sí en el cuarto grado, como puede verse en el § 4 del título siguiente. Sus hijos, es decir, los primos segundos, se llamaban en latin *sobrini*, y se hallaban entre sí en el sexto grado, como puede verse en el § 6 del título siguiente. Supongamos que uno de ellos tuviese hijos; estos hijos, con relacion al otro, serian hijos de sobrino segundo (*a sobri-*

(1) Dig. 38. 8. 2. f. Gay., y 4. f. Ulp.
(2) Dig. 38. 8. 8. § f. Ulp. En efecto, se trata en este fragmento de hijos vulgarmente consanguineos, que suceden como cognados á su abuela materna.
(3) Véase igualmente en adelante t. 6. § 12.

*no sobrinave nati*); se hallaban un grado más distantes que su padre, esto es, en el *sétimo grado;* sin embargo, eran tambien llamados á su sucesion como cognados á falta de más próximos parientes. Pero eran los únicos que gozaban de este privilegio; pues todos los demas cognados del séptimo grado, de los que habia un gran número, eran excluidos, hallándose para ellos cerrado el órden de los cognados.

## TITULUS VI.

### DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare imprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior, liberorum: ex transverso, fratrum sororumve, eorumque qui quæve ex his progenerantur; et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primu gradu incipit, at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

## TÍTULO VI.

### DE LOS GRADOS DE COGNACION.

Aquí es necesario exponer cómo se cuentan los grados de cognacion. Con este objeto decimos primero que la cognacion se cuenta, la una ascendiendo, la otra descendiendo, y otra transversalmente, ó como tambien se dice, lateralmente. La cognacion ascendente es la de los ascendientes; descendente, la de los descendientes; colateral, la de los hermanos ó hermanas y de su posteridad, y, por consiguiente, tambien de los tios ó tias paternos ó maternos. Las cognaciones ascendente y descendente principian por el primer grado; pero la colateral por el segundo.

Esta distincion fundamental entre las tres líneas ascendente, descendente y colateral es fácil de comprender.

En cuanto á la computacion de los grados, nos bastará decir que se verifica en el derecho romano lo mismo que en el derecho frances. En la línea directa, ya ascendente, ya descendente, se cuentan tantos grados como generaciones. En la línea colateral la regla es la misma; sólo es preciso observar que como aquí hay dos líneas colocadas lateralmente, es decir, una al lado de la otra, las generaciones se cuentan en cada línea, y la suma indica el número de grados. En ninguno de estos casos, es decir, ya en línea directa, ya en línea colateral, debe contarse el tronco: sirve éste de punto de partida, desde el cual parten las generaciones que se han de computar hasta los parientes que se trata de comparar, inclusivamente.

En fin, en cuanto á la denominacion de los diversos grados de cognacion, la lengua de los romanos es mucho más rica que la nuestra: tenian en muchos casos, para indicar la naturaleza de la cognacion, ya con relacion al grado, ya con relacion al orígen paterno ó materno, expresiones de que nosotros carecemos. Esta pobreza de nuestra lengua se conocerá en la traduccion de los párrafos siguientes, que contienen, para los diversos grados hasta el sexto, la aplicacion de los principios que acabamos de establecer.

I. Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia.

1. En el primer grado se hallan en la línea ascendente el padre y la madre; y descendiente, el hijo y la hija.

II. Secundo supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex tranverso frater, soror.

2. En el segundo, en línea ascendente, el abuelo y la abuela; en la descendente, el nieto y la nieta; y en la colateral, el hermano y la hermana.

III. Tertio supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia; et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui πατρῶος vocatur. Avunculus est frater matris, qui apud Græcos proprie μητρῶος et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero, matris soror: utraque θεῖα, vel, apud quosdam, τηθίς appellatur.

3. En el tercero, en línea ascendente, el bisabuelo y la bisabuela; en la descendente, el biznieto y la biznieta, y en la colateral, el hijo y la hija del hermano ó de la hermana; y por consiguiente los *patruus*, *amita*, *avunculus*, *matertera*. El *patruus* es el hermano del padre llamado en griego πατρῶος. El *avunculus* el hermano de la madre, llamado especialmente en griego μητρῶος, y ambos en general θεῖος. La *amita* es la hermana del padre; la *matertera* la hermana de la madre, llamadas una y otra θεῖα, ó en ciertos dialectos τηθίς.

IV. Quarto gradu, supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex tranverso fratris sororisque nepos, neptis; et convenienter patruus magnus, amita magna, id est, aviæ frater et soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed quidem recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progeneratur, quasi consobrinos; eos vero qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fra-

4. En el cuarto, en línea ascendente, el abuelo tercero y la abuela tercera; en la descendente, el nieto ó nieta tercera; y en la colateral, el nieto ó nieta del hermano ó de la hermana, y por consiguiente, el gran tio ó la gran tia paternas, es decir, el hermano y la hermana del abuelo; y maternos, es decir, el hermano y la hermana de la abuela, el primo y la prima, es decir, aquellos ó aquellas que han sido habidos de hermanos ó hermanas. Mas, rigurosamente hablando, y segun los jurisconsultos, la denominacion de *consobrini* se aplica especialmente á los que han

tres patrueles vocari; si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici : amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

nacido de dos hermanas, en cierto modo *consobrinas;* en cuanto á los que han nacido de dos hermanos, se les llama hermanos *patrueles* (primos), ó si son hembras, hermanas *patrueles* (primas); en fin, los que han nacido de hermano y de hermana se llaman *amitini :* los hijos de vuestra *amita* os llaman primo, y vos los llamais *amitini.*

V. Quinto supra atavus, atavia : infra adnepos, adneptis : ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis; et convenienter proapatruus, promita, id est, proavi frater et soror. Item fratris patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ filius, filia *proprior sobrino, proprius sobrina :* hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

5. En el quinto, en línea ascendente, el cuarto abuelo y la cuarta abuela; en la descendente, el quinto nieto y la quinta nieta; y en la colateral, el biznieto y biznieta del hermano y la hermana, y por consiguiente, el hermano y la hermana del bisabuelo como terceros tios paternos; y como maternos, el hermano y la hermana de la bisabuela. Lo mismo sucede con el hijo ó la hija de los primos ó primas, habidos de hermanos ó hermanas, ó de hermano y hermana; con aquel ó aquella *que preceda en un grado al primo segundo ó á la prima segunda*, á saber, el hijo ó la hija del gran tio ó la gran tia paternos ó maternos, es decir, los primos terceros, y tambien sobrinos terceros.

*Proprior sobrino, proprius sobrina,* es decir, más próximo en un grado que el *sobrinus*, es el primo hermano ó la prima hermana de mi padre ó de mi madre : están conmigo en el quinto grado; su hijo ó su hija, mi primo segundo (*sobrini*), estarán conmigo en el sexto, un grado más.

VI. Sexto gradu supra tritavus, tritavia : infra trinepos, trineptis : ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis; et convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater et soror; abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater et soror. Item sobrini sobrinæque, id est, qui quæve ex fratribus vel consobrinis vel amatinis progenerantur.

6. En el sexto grado, en línea ascendente, el quinto abuelo y la quinta abuela; en la descendente, el sexto nieto y la sexta nieta; y en la colateral, los nietos cuartos del hermano y de la hermana, y por consiguiente, los *abpatruus* y *abamita*, es decir, el hermano y hermana del abuelo tercero, y los *abavunculus*, *abmatertera*, es decir, el hermano y la hermana de la abuela tercera. Lo mismo sucede respecto de los primos segundos y primas segundas, nacidos de primos ó primas, que han sido habidos de hermanos ó hermanas, ó de hermano y hermana.

En este sexto grado se suspende la nomenclatura propia de los diversos grados de cognacion. Más allá no hay ya denominacion particular : se indica el parentesco indicando la filiacion de las personas; se dice, por ejemplo : los hijos de un *sobrinus* (*a sobrino sobrinave nati natæve*).

VII. Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus; quippe semper generata persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

7. Bastará haber mostrado hasta aquí la enumeracion de los grados de la cognacion; se ve por esto cómo deben contarse los grados inferiores; cada generacion añade siempre un grado, por manera que es mucho más fácil indicar el grado á que se halle una persona, que designarla por el nombre propio de su grado de cognacion.

VIII. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

8. Los grados de agnacion se cuentan de la misma manera.

IX. Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum, infigitur, ideo necessarium duximus; post narrationem graduum etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescente perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

9. Pero como la verdad se graba mejor en el ánimo por el testimonio de los ojos que por el del oido, hemos creido necesario, despues de enumerar los grados, trazar aquí un cuadro de ellos, á fin de que los jóvenes puedan comprender perfectamente la doctrina, ya por el oido, ya por la vista.

Aquí, segun este párrafo, debia haberse insertado un cuadro de los grados de cognacion. Por consiguiente, en los manuscritos se dejaba al efecto el espacio necesario en blanco. De lo que se ha deducido que este espacio formaba la separacion de un nuevo título, que se supone principiar en el párrafo siguiente, dándole este epígrafe : *De servili cognatione*. Pero es con equivocacion; el mismo título continúa hasta los §§ 11 y 12 inclusive, que son los últimos del título, y contienen lo recapitulado de lo que precede.

X. Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine *bonorum possessio* promittitur, *non pertinere*, nam *nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur*. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat)

10. Es cierto que la parte del edicto que prometia la *posesion de bienes* á título de parentesco, *no se aplica* á las cognaciones serviles, porque esta cognacion *no se contaba* por ninguna ley antigua Pero en nuestra constitucion relativa al derecho de patronato, derecho hasta nuestro tiempo tan oscuro, tan lleno de confusion y de nubes, hemos con-

et hoc humanitate suggerente concessimus ut, si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel, dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint et postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus: ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre vel ex eadem matre, sive ex aliis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

cedido, movidos por un impulso de humanidad, que si un hombre esclavo ha tenido uno ó muchos hijos de una mujer libre ó esclava, ó si, por el contrario, una mujer esclava ha tenido hijos de uno ú otro sexo, de un padre, ya libre, ya esclavo, y que la libertad haya sido dada al padre, madre é hijos, si se trata de hijos nacidos de una madre esclava, ó sólo al padre, si se trata de hijos habidos en una mujer libre, todos estos hijos serán admitidos á la sucesion de su padre ó de su madre, quedando como paralizado el derecho de patronato. Porque hemos llamado á estos hijos, no sólo á la sucesion de su padre y madre, sino tambien á la sucesion unos de otros, y esto, ya se hallen solos los hijos nacidos en servidumbre y despues emancipados, ya haya con ellos hijos concebidos despues de la emancipacion del padre ó de la madre, ya tengan todos el mismo padre y la misma madre, ú otro diferente; todo conforme á lo que tenga lugar respecto de los hijos habidos de justas nupcias.

*Bonorum possessio non pertinere..... Nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur.* El parentesco servil, es decir, el que resulta de los esclavos entre sí, no era reconocido ni considerado en manera alguna en cuanto á las herencias, ni por una ley cualquiera, ni áun por el pretor en sus posesiones de bienes. Y esto, no sólo durante la esclavitud, porque en este estado no podia haber cuestion acerca de ello, sino áun despues de la emancipacion entre las personas emancipadas. Este parentesco era un hecho enteramente fuera de la ley; «no nos abstenemos de aplicarle los nombres de la cognacion, dice Paulo (*non parcimus nominibus cognatorum etiam in servis*); así decimos el padre y la madre, los hijos, los hermanos, áun hablando de los esclavos; pero este parentesco servil se halla fuera de las leyes (*sed ad leges serviles cognationes non pertinent*)» (1). Las modificaciones que Justiniano introdujo en esta regla se explicarán en el título siguiente, al tratar de la sucesion de los libertos.

---

(1) Dig. 38. 10. 10. § 5.

XI. Repetiti itaque omnibus quæ jam tradidimus, apparet non semper eos qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari; eoque amplius nec eum quidem qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, et eorum quos inter suos heredes enumeravimus apparet pronepotem vel adnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem matremque defuncti: cum alioquin pater quidem et mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum; pronepos autem tertio gradu sit cognationis et adnepos quarto. Ned interest in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipato, aut feminino sexu propagatus est.

11. Recapitulando todo lo que ya hemos dicho, se ve que los que se hallan en un mismo grado de cognacion no son siempre igualmente llamados; y áun que el más próximo en grado de cognacion no es siempre el preferido. En efecto, siendo el primer órden el de los herederos suyos el de las personas llamadas y en el número de los suyos, es evidente que un biznieto ó su hijo pasan ántes del hermano ó el padre y madre del difunto, aunque el padre y madre, segun lo que hemos dicho ántes, se hallen en el primer grado de cognacion, el hermano en el segundo, y el biznieto ó su hijo sólo en el tercero ó cuarto. Poco importa, por lo demas, que estos hijos se hallen bajo la potestad del moribundo, ó que no estuviesen, hallándose, ya emancipados, ya nacidos de un emancipado ó de una hija.

XII. Amotis quoque suis heredibus, et quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit plerumque potior habetur quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos, avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt; neque agnationis jure aliquis præferri debeat secundum ea quæ tradidimus: exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; et si capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.

12. A falta de herederos suyos y de los llamados en el número de tales, el agnado que ha quedado en la integridad de su derecho de agnacion, aunque fuese en el grado más distante, es generalmente preferido al cognado más próximo. Así el nieto ó biznieto del tio paterno es preferido al tio y á la tia maternos. Cuando se dice que el más próximo en grado de cognacion es preferido, ó que los cognados en un mismo grado se presentan en concurrencia, debe entenderse si no existen ni heredero suyo, ni persona llamada en la clase de tal, ni agnado con derecho de preferencia, segun lo que hemos expuesto. Se exceptúan el hermano y la hermana emancipados, que son llamados á la sucesion de su hermano ó de su hermana, y á pesar de su disminucion de cabeza, preferidos á los agnados de un grado inferior.

La recapitulacion contenida en este párrafo y en el precedente, así como la deduccion de las consecuencias que en él se exponen, se comprenden bastantemente; y por otra parte, el resúmen que formarémos de todos estos órdenes de sucesion nos dispensa de insistir más aquí sobre este punto.

## TITULUS VII.

### DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

## TÍTULO VII.

### DE LA SUCESION DE LOS LIBERTOS.

Esta sucesion puede ser ó *ab intestato* ó *testamentaria:* es preciso examinarla bajo estos dos aspectos.

Y desde luégo, observemos la situacion particular de los libertos; trasladados de la esclavitud á la libertad, llegan á ésta solos, sin vínculos de parentesco con nadie, sin ascendiente ni laterales, pues los vínculos de parentesco servil no eran considerados por nada, ni áun despues de la emancipacion (al ménos hasta Justiniano). En esta situacion no tienen, pues, ni línea ascendente ni colateral, ya de agnados, ya de cognados. Pero pueden contraer justas nupcias, tener hijos legítimos, y dar principio así á una posteridad que se perpetuará desde ellos. Pueden tener una línea descendente. Por otra parte, en lugar de los agnados que les faltan, la ley de las Doce Tablas les da el patrono y sus hijos, á cuya familia se hallan en cierto modo ligados por la emancipacion y por el nombre que han recibido.

Segun estos datos debe arreglarse la sucesion.

### *Sucesion de los libertos segun las Doce Tablas.*

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire; nam ita demum lex Duodecim Tabularum ad hereditatem liberti vocabât patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, nihil in bonis ejus patrono juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse.

Ahora tratarémos de los bienes de los libertos. En otro tiempo podia el liberto omitir á su patrono impunemente en su testamento, porque la ley de las Doce Tablas no llamaba al patrono á la herencia del liberto, sino en cuanto este último hubiese muerto intestado y sin heredero suyo. Así, cuando habia muerto intestado, si habia dejado un heredero suyo, no tenía el patrono ningun derecho á sus bienes. En esto, nada tenía que decir si este heredero suyo era un hijo natural; pero si era un hijo adoptivo, habia evidente injusticia en despojar el patrono de todo derecho.

El sistema de la ley de las Doce Tablas es muy sencillo.

Para la sucesion *ab intestato* del liberto se presentan en primer

grado sus herederos suyos, lo que comprende tanto sus hijos habidos de justas nupcias, cuanto los que hubiese adoptado, y áun la mujer (*uxor*) que hubiese adquirido *in manu*, y que hubiese de este modo entrado en su familia en la clase de hija. En segundo lugar, se presentan como ocupando el lugar de los agnados, el patrono, y á falta de éste, sus hijos. Observemos que respecto de estos mismos se dividia la sucesion, lo mismo que la de los agnados, por cabezas y no por estirpes: « *Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet, ut in capita, non in stirpes dividatur* » (1).

Para la sucesion *testamentaria* no se oponia al liberto más dificultad ni más obstáculo que á los demas ciudadanos. Podian en su testamento seguir libremente su voluntad, y despojar tanto á sus herederos suyos cuanto al patrono y sus hijos.

Resultaba de este sistema que el patrono podia hallarse excluido de la sucesion de su liberto: 1.°, por los herederos suyos de este último; 2.°, por su testamento. Pero ninguna de estas dos causas de exclusion era de temer, respecto de sus libertas: la primera, porque la liberta no podia tener herederos suyos; la segunda, porque hallándose á causa de su sexo en perpétua tutela de su patrono, no podia testar, ni por consiguiente, privarlo de la herencia sin su consentimiento (2).

### *Sucesion de los libertos segun el derecho pretoriano.*

I. Qua de causa, postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; et si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum

1. Por esto el edicto del pretor corrigió con posterioridad esta iniquidad del derecho. En efecto, si el liberto hacía un testamento, estaba obligado á testar de modo que dejase al patrono la mitad de sus bienes; si no, el patrono á quien nada hubiese dejado, ó ménos de la mitad, obtenia la posesion de bienes contra las tablas del testamento, por la mitad de los bienes. Si moria intestado, dejando por heredero suyo su hijo adoptivo, se daba igualmente al patrono, contra este heredero, la posesion de bienes por la mitad.

(1) Ulp. Reg. 27. 4.— Paul. Sent. 3. 2. § 3.

(2) « Quoniam non sunt sui heredes matri ut obstent patrono. » (Ulp. Reg. 19. 2).—« Cum enim » hæ in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere quam patrono » auctore » (Gay. 3. 43).

patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati et in adoptionem dati : si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant, nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

Pero servian á excluir al patrono: los hijos naturales del liberto; no sólo los sometidos á su potestad en el momento de su muerte, sino áun los emancipados ó dados en adopcion, con tal que fuesen instituidos en una parte cualquiera, ó que pasados en silencio hubiesen solicitado la posesion de bienes *contra tabulas*, porque los desheredados no excluian de ningun modo al patrono.

Respecto de los herederos suyos, se aplicaba á los del liberto todo lo que hemos dicho con relacion á los herederos suyos de los demas ciudadanos. Así les fué comun lo que se refiere á la desheredacion ó á las personas llamadas en el número de herederos suyos.

El pretor, como vemos aquí en el texto, llega al socorro de los hijos emancipados, ó dados en adopcion, ya por medio de la posesion de bienes *unde liberi*, ya por la *contra tabulas*, segun hemos expuesto al principio.

Respecto del patrono, modificó el pretor completamente el derecho de las Doce Tablas ; consideró inícuo que el patrono pudiese ser despojado de todo derecho á la herencia del liberto, por la sola voluntad de este último, ya sucediese esto por la adopcion de un hijo, ó por la adquisicion *in manu* de una mujer, actos puramente voluntarios de parte del liberto, ya por un testamento que hubiese hecho. Por consiguiente, en todos estos casos, y cuando no hubiese herederos suyos que realmente procediesen del liberto, ó hijos llamados en el número de los herederos suyos, el edicto del pretor aseguraba al patrono un derecho á la mitad de la sucesion, de cuyo derecho no se le pudiese despojar, y que debia obtener, ya por la posesion de bienes *ab intestato*, ya por la posesion de bienes *contra tabulas*, segun que el liberto hubiese muerto sin haber hecho ó habiendo hecho un testamento en perjuicio suyo.

Esta parte del edicto no se aplicaba á las sucesiones de las libertas, pues hemos visto que acerca de ellas nada tenía que temer el patrono (1).

Tampoco se aplicaba á la patrona ; el pretor no habia aumentado sus derechos, y los habia dejado tales como se hallaban segun

(1) Ulp. Reg. 29. 2.

la ley de las Doce Tablas (1). En efecto, entre los hijos del patrono debe hacerse la misma distincion segun el sexo. Los varones tenian el mismo derecho pretoriano que el mismo patrono, á falta de este último; pero sus hijos del sexo femenino no tenian más que el derecho de las Doce Tablas (2).

### *Sucesion de los libertos segun la ley* PAPIA POPPÆA.

II. Postea vero lege Papia adaucta sunt jura patronorum qui locupletiores libertos habebat. Cautum est enim ut ex bonis ejus qui sextertium centum millium patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. Itaque, cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur, ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset : cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur (patrono) : si tres reliquerat, repellebatur patronus.

2. Posteriormente la ley Papia aumentó los derechos de los patronos, segun las riquezas de los libertos. Estableció, en efecto, que de los bienes de todo liberto que dejase cien mil sextercios de patrimonio y ménos de tres hijos, que hubiese fallecido, ya *testado*, ya *intestado*, tomase el patrono una parte viril. Así, cuando el liberto hubiese dejado por heredero á un solo hijo ó á una sola hija, pasaba al patrono la mitad, como si el liberto hubiese muerto testado y sin hijos. En caso de haber dos herederos, hijos ó hijas, el patrono tenía el tercio; en caso de tres, era excluido.

La ley PAPIA POPPÆA, en su espíritu general de conceder á los ciudadanos derechos más ó ménos extensos, segun que tuviesen mayor ó menor número de hijos, ó que no los tuviesen absolutamente, introdujo nuevas reglas para la sucesion de los libertos ó libertas.

El texto sólo nos da á conocer sus disposiciones relativas á los derechos de los patronos á los bienes de los libertos del sexo masculino; vemos que el patrono obtiene el derecho de presentarse aún en concurrencia con los herederos suyos del liberto, por una parte viril, á ménos que el difunto haya dejado más de dos hijos, ó bien un patrimonio en cien mil sextercios.

En cuanto á los derechos relativos á la sucesion de las libertas, la ley PAPIA POPPÆA libertó de la tutela del patrono á toda aquella que hubiese tenido cuatro hijos; por consiguiente, les permitió testar sin autorizacion del patrono; pero al mismo tiempo, á fin de

(1) Gay. 3. 49.
(2) Ulp. Reg. 29.

que éste no fuese despojado por el testamento, le aseguró la ley en la sucesion de una liberta una parte viril, segun el número de los hijos supervivientes (1).

En cuanto á las hijas y demas descendientes del sexo femenino del patrono, lo mismo que en cuanto á la patrona y á sus hijos, que quedaban todos, segun el derecho pretoriano, bajo el imperio de las Doce Tablas, les dió la ley PAPIA POPPÆA derechos más amplios, análogos á los del patrono y sus hijos varones; pero sólo cuando tenian el número de hijos fijados por esta ley: dos ó tres segun los casos, como puede verse circunstanciadamente en Gayo y Ulpiano (2).

*Sucesion de los libertos segun Justiniano.*

III. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione græca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causas definivit: ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sextertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus quod erat ex lege Duodecim Tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus

3. Mas una constitucion nuestra, redactada en griego para facilitar á todos su inteligencia, y que comprende acerca de esta materia un sistema completo, ha establecido las reglas siguientes. Si el liberto ó la liberta es ménos que centenaria, es decir, si tiene ménos de cien sueldos de oro de patrimonio (porque de esta manera valuamos la suma de la ley Papia: un sueldo de oro es mil sextercios), el patrono no tendrá ningun derecho á su sucesion, si es que han dispuesto de ella por testamento; porque si han muerto intestados, el derecho de patrono permanece íntegro, tal como se hallaba fijado por la ley de las Doce Tablas. Pero cuando son más que centenarios, si tienen hijos herederos ó poseedores de bienes, ya uno, ya muchos, de cualquier sexo ó grado que sean, son estos hijos á los que llamamos á la herencia paterna, con exclusion total del patrono y de su descendencia. Si mueren sin hijos, entónces, si no han dejado testamento, llamamos á los patronos ó patronas á la totalidad de la herencia; pero si han hecho un testamento, y en él han omitido á su patrono ó patrona, no teniendo hijos, ó habiendo

(1) Ulp. Reg. 29. § 3.—Gay. 3. § 44 y 47.
(2) Gay. 3. §§ 49 á 53.—Ulp. Reg. 29. §§ 5 á 7.

eos præterierint, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: *ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur*, sed ad coheredes eorum hoc onus redundaret: multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni patronæque quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem; et in capita non in stirpes, dividatur successio: eodem modo et in iis qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinatis in successionibus fecimus.

desheredado á los que tenian, ó si trata de una madre ó de un abuelo materno, habiéndolos pasado en silencio, de modo que su testamento no pueda ser acusado como inoficioso, en este caso el patrono, segun nuestra constitucion, obtendrá por la posesion de bienes *contra tabulas*, no ya como en otro tiempo la mitad, sino el tercio de los bienes del liberto, ó el complemento de este tercio, si el liberto ó la liberta les han dejado ménos del tercio; *y esto sin cargas: de tal modo que áun los legados ó fideicomisos dejados á los hijos del liberto ó de la liberta, no deberán ser pagados de dicho tercio;* pero la carga de ellos recaerá exclusivamente sobre los coherederos del patrono. En la misma constitucion hemos reunido otras muchas reglas, que juzgamos necesarias para completar este derecho. Así es que son llamados á la sucesion de los libertos, no sólo el patrono, la patrona y sus hijos, sino tambien sus parientes colaterales hasta el quinto grado, como puede verse en el texto de esta constitucion. Mas en el caso de muchos hijos, de uno, de dos ó de muchos patronos ó patronas, el más próximo es llamado á la herencia del liberto ó de la liberta, y la herencia se divide por cabezas, y no por estirpes. Lo mismo sucede con los colaterales. Hemos casi reducido á la identidad el derecho de sucesion, tanto con relacion á los libertos, cuanto con relacion á los ingénuos.

Estas disposiciones, que parecen complicadas, pueden resumirse en muy pocas palabras.

Y desde luégo Justiniano no pone diferencia entre el patrono y la patrona, sus hijos del sexo masculino ó del femenino, ni entre la sucesion de un liberto ó de una liberta; para todas estas personas es uno mismo el derecho.

La sucesion *ab intestato* del liberto se halla arreglada del modo siguiente:

1.° Sus hijos, y áun aquellos que hubiese tenido en la esclavitud, son libres en el momento de su muerte; porque hemos visto poco ántes, que Justiniano, con diferencia de la antigua legisla-

cion, cuenta este parentesco servil. Desde el momento que hay hijos del liberto, cualquiera que sea el caudal del difunto, el patron no tiene ningun derecho á su herencia: en este sentido puede decirse que Justiniano vuelve á la sencillez de la ley de las Doce Tablas.

2.° El patrono y la patrona, y á falta de éstos, sus hijos, que ocupan el lugar de agnados, y entre los cuales debe hacerse la particion por cabezàs, y no por estirpes.

3.° Los parientes colaterales del patrono ó de la patrona; pero sólo hasta el quinto grado, ocupando el lugar de los cognados del liberto; porque como en este órden el parentesco servil no se cuenta, ni áun por Justiniano, el liberto no tiene nunca cognados por herederos.

Así, la herencia de los libertos se halla arreglada casi como la de los ingénuos, en el sentido de que tienen un primer órden, el de los herederos suyos ó descendientes asimilados á los herederos suyos; un segundo órden, el de los agnados, representado por el patrono ó la patrona, y sus hijos; y en fin, un tercer órden, el de los cognados, representado por los parientes colaterales del patrono ó la patrona, hasta el quinto grado.

En cuanto á la sucesion *testamentaria*, el liberto, respecto de sus hijos, se halla sometido á las mismas reglas que los demas ciudadanos, para la desheredacion, ó mision ó queja por inoficiosidad.

Respecto de su patrono es preciso distinguir: si el liberto tiene por todo patrimonio ménos de cien sueldos de oro, vuelve Justiniano á la sencillez de la ley de las Doce Tablas, el liberto puede testar libremente, y áun despojar del todo á su patrono. Pero si tiene más de cien sueldos de oro, entónces el patrono debe tener por el testamento del liberto, no ya, como en otro tiempo tenía, la mitad, sino sólo el tercio; si no, tendrá el derecho de hacerse dar el tercio. ó el complemento que pudiese faltarle por la posesion de bienes *contra tabulas*. Bien entendido que esta especie de derecho de reserva hereditaria no pertenece al patrono sino en el caso en que el liberto, no teniendo hijos, ó habiéndolos justamente desheredado ú omitido, á él fuese á quien hubiese debido pasar la sucesion *ab intestato*.

*Ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur*. El tercio que el patrono tiene dere-

cho para reclamar así, no se calcula nunca sino hecha deduccion de las deudas; pero no puede ser gravado con ninguna carga de fideicomisos, ni con ninguna otra dádiva. Á tal punto, que nuestro texto supone que habiendo un liberto justamente desheredado á sus hijos, les ha dejado, sin embargo, algun legado ó algun fideicomiso. Hallándose de este modo los hijos rechazados de la sucesion, esto basta para que el órden del patrono llegue y tenga derecho de reclamar contra las tablas del testamento su tercio íntegro. En este caso no se verá nunca obligado á contribuir con este tercio para pagar legados ó fideicomisos dejados á los hijos del difunto, pues esta carga grava toda ella á los demas herederos.

IV. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt; cum nec sint alii liberti simul dedititiis et latinis sublatis: cum latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen in ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum *jure quodammodo peculii* ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero *senatus-consulto Largiano* cautum fuerat, ut liberi manumissoris *non nominatim exheredati facti* extraneis heredibus eorum in bonis latinorum præponerentur. Quibus supervenit etiam *divi Trajani edictum*, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem romanam venire ex beneficio principis festinabat, faciebat quidem vivum civem romanum, latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices et alias difficultates, cum ipsis latinis etiam legem Juniam et senatus-consultum Largianum et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romana fruantur; et mirabili modo quibusdam

4. Pero todo esto debe entenderse de los libertos que se hacen ciudadanos romanos (y hoy no hay otros, habiendo sido suprimidos los dediticios y los latinos); porque los latinos no dejaban nunca ninguna sucesion legítima; en efecto, aunque viviesen como libres, sin embargo, al exhalar su último aliento, perdian á un tiempo la vida y la libertad, y segun la ley Junia, sus bienes, como los de los esclavos, quedaban por una especie de *derecho de peculio* á aquellos que los habian manumitido. Pero en adelante, el *senado-consulto Largiano* habia establecido que los hijos de manumitente, á ménos de haber desheredacion nominativa, fuesen preferidos en los bienes de los latinos á los herederos extraños; y posteriormente llegó el *edicto de Trajano*, que, cuando un latino, contra la voluntad y sin saberlo su patrono, habia obtenido del favor imperial su introduccion anticipada en la ciudad, hacía del mismo hombre, en vida, un ciudadano, y á su muerte, un latino. Pero por nuestra constitucion, á causa de todas estas vicisitudes de condiciones y otras dificultades, hemos suprimido perpétuamente con los mismos latinos, ya la ley Junia y el senado-consulto Largiano, ya el edicto de Trajano, á fin de que todos lo libertos gocen de los derechos de ciudadanos romanos, y, ¡cosa admirable! por medio de algunas adiciones, los mismos

adjectionibus ipsas vias quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus.

medios que conducian á la latinidad, trasladados por nos, conducirán á la ciudad romana.

Gayo, en sus Institutas, trataba aquí de la sucesion de esta clase particular de manumitidos llamados *Latinos Junianos*. En esta parte Justiniano ha tomado de él algunos detalles, que en la legislacion de este príncipe sólo tiene ya un interes histórico.

*Jure quodammodo peculii.* Ya hemos explicado (t. I, p. 66 y siguiente) la situacion de los manumitidos latinos, segun la ley *Junia Norbana*), y el derecho de peculio, en virtud del cual, á la muerte de estos libertos, el patrono ó sus herederos tomaban los bienes que aquéllos habian dejado. Basta referirnos á estas explicaciones.

*Senatus-consulto Largiano.* El senado-çonsulto Largiano fué expedido bajo el imperio de Claudio y bajo el consulado de Lupo y de Largo. Creó, de los bienes del liberto latino, en lugar del derecho de peculio, una especie de herencia en beneficio de los hijos del patrono. En efecto, áun cuando el patrono hubiese dejado al morir otros herederos distintos de sus hijos, los bienes del liberto latino Juniano, muerto despues de él, no pasarian como un peculio á la herencia del patrono, para ser divididos bajo este título entre todos los herederos, hijos ú otros, pero los hijos los recogian solamente como por una especie de derecho sucesorio, con exclusion de los demas herederos.

*Non nominatim exheredati facti.* Mas el patrono privaba á sus hijos de esta especie de derecho sucesorio del senado-consulto Largiano, desheredándolos *nominalmente* de su propia herencia. Por lo demas, si no habian sido desheredados *nominalmente*, conservaban siempre el derecho del senado-consulto Largiano á los bienes del liberto latino, aunque no fuesen herederos de su padre, como, por ejemplo, si se trata de hijos á quienes se puede desheredar colectivamente, ó pasar en silencio : excluidos por la desheredacion colectiva ó por la omision de la herencia paterna, no lo son, sin embargo, de los bienes del latino Juniano : lo mismo se entiende respecto de aquellos que se hubiesen abstenido. Pueden verse en Gayo los pormenores que da acerca de este senado-consulto (1).

(1) Gay. 3. 63 á 67.

*Divi Trajani edictum.* El emperador podia conceder á un manumitido latino el derecho de ciudad, como ya hemos visto (t. I, página 70). Pero si este favor sólo le habia sido concedido contra la voluntad y sin saberlo su patrono, el edicto de Trajano queria que el derecho del patrono y de sus hijos, en cuanto á los bienes que podria dejar este liberto, quedase sano y salvo (*salvo jure patroni*). Así, el liberto que de esta manera habia llegado á ser ciudadano romano, gozaba durante toda su vida de las ventajas y derechos de la ciudad; pero á su muerte eran deferidos sus bienes como los de un simple manumitido latino (1); disposicion que fué dulcificada despues por otro senado-consulto del tiempo de Adriano (2).

Pero bajo el imperio de Justiniano fueron derogadas todas estas disposiciones; pues todos los libertos quedaban como ciudadanos, y formaban todos una sola clase.

## TITULUS VIII.

### DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus *censuisse senatum*, ut quamvis ad omnes patroni liberos qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti *uni ex liberis adsignare libertum*: ut post mortem ejus solus is patronus habeatur cui adsignatus est; et ceteri liberi qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant. Sed ita demum pristinum jus recipiunt, si is cui adsignatus est decesserit *nullis liberis relictis.*

## TÍTULO VIII.

### DE LA ASIGNACION DE LOS LIBERTOS.

En fin, respecto de los bienes de los libertos, advertimos que *un senado-consulto*, aunque estos bienes pasen igualmente á todos los hijos del patrono que se encuentran en el mismo grado, ha permitido al padre *asignar el liberto á uno de sus hijos;* por manera que despues de su muerte, este hijo á quien el liberto ha sido asignado, será considerado como el único patrono; y los demas hijos que á falta de asignacion habrian sido igualmente admitidos á aquellos bienes, no tendrán á ellos ningun derecho. Pero recobran su antiguo derecho, *si muere sin hijos* aquel á quien ha sido hecha la asignacion.

*Censuisse senatum.* Este senado-consulto fué hecho, como nos lo indica el § 3 de este título, en tiempo del emperador Claudio, bajo el consulado de Suilo Rufo y de Osterio Scapula, el año 798

(1) Ib. 72.
(2) Ib. 73.

de Roma. Ulpiano nos da á conocer el texto de él en un fragmento, que se halla inserto en el Digesto (1).

*Uni ex liberis adsignari libertum.* Segun el derecho primitivo, cuando el patrono moria ántes que el liberto, moria sin ningun derecho á la sucesion que este último pudiese dejar, pues fallecia ántes de abrirse dicha sucesion. El derecho de herencia pasaba entónces á los hijos del patrono, cuyo derecho les era personal é igual entre ellos segun su grado. Pero, segun el senado-consulto, es permitido al patrono alterar esta igualdad de derechos y extender su poder, áun despues de su muerte, á los bienes del liberto superviviente, asignando dicho liberto á uno solo de sus hijos, con exclusion de los demas.

*Nullis liberis relictis.* Aquel á quien el liberto ha sido asignado, siendo reputado como el solo patrono, el derecho de herencia á los bienes del liberto se halla concentrado en él solo, y á falta suya en sus hijos; así es que si muere ántes que el liberto, dejando hijos, á estos últimos pertenece el derecho hereditario; pero si muere sin hijos, ó si todos sus hijos mueren ántes que el liberto, entónces, hallándose completamente extinguida la familia de aquel á quien habia sido hecha la asignacion, y siéndolo así ántes de la apertura de la sucesion del liberto, se vuelve al derecho comun, y el derecho hereditario á esta sucesion pasa á todos los demas hijos del patrono.

I. Nec tantum libertum, sed etiam libertam; et non tantum filio *nepotive*, sed etiam filiæ *neptive* adsignare permittitur.

1. Es no sólo un liberto, sino tambien una liberta; y no sólo á un hijo ó á un *nieto*, sino á una hija ó á una *nieta*, á quienes se puede asignar.

*Nepotive, neptive.* El patrono puede escoger entre todos sus hijos al que quiera para hacer la asignacion de un liberto; no se halla obligado á seguir el órden de los grados. Puede, aunque tenga hijos, asignar á un nieto ó á una nieta, y darles así la preferencia sobre los del grado anterior; puede, áun cuando estos nietos fuesen precedidos en la familia por su padre, bajo cuya potestad debe recaer á la muerte del patrono (2).

II. Datur autem hæc adsignandi facultas ei qui *duos pluresve liberos* in potestate habebit, ut eis *quos in*

2. Por lo demas, esta facultad de asignacion se da á aquel que tiene *dos ó más hijos* bajo su potestad; por

(1) Dig. 38. 4. 1. pr. f. Ulp.
(2) Dig. 38. 4. 3. §§ 1 y 2 f. Ulp.

*potestate habet* adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio. Sed *placuit evanescere*, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

manera que pueda asignar á aquellos que *tenga bajo su potestad*. Lo que ha hecho preguntar si, en caso de emancipacion posterior del hijo á quien haya sido hecha la asignacion, se extinguirá ésta. *Se ha decidido que se extinguirá:* tal es la opinion de Juliano y de otros.

*Duos pluresve liberos.* En vez de hacer la asignacion á uno solo de los hijos, puede hacerse á dos ó más; les corresponde entónces en comun, con exclusion de los otros.

*Quos in potestate habet.* Es condicion indispensable. En efecto, es preciso observar que no es permitido al patrono crear á su liberto herederos que la ley no le ha dado, sino sólo escoger entre los que la ley le ha dado. El patrono no crea un derecho hereditario, sino sólo un derecho de preferencia. Luego á los hijos que ya no tienen bajo su potestad ningun derecho hereditario eventual á la sucesion del liberto, no puede hacer que sobre ellos recaiga la asignacion.

*Placuit evanescere.* En efecto, aunque la asignacion haya sido hecha ántes de la emancipacion, nunca era más que un derecho de preferencia atribuido á alguno de los que son hábiles para suceder; pero inhabilitándose este hijo para suceder al liberto, se extingue su derecho de preferencia (1).

III. Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento; sed etiam quibuscumque verbis, patronis hoc permittitur facere ex ipso senatus-consulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Osterio Scapula consulibus.

3. Poco importa que la asignacion sea hecha por testamento ó sin él. Aun es permitido al patrono hacerla en cualesquiera términos, segun el mismo senado-consulto, que fué hecho en tiempo de Claudio, bajo el consulado de Suilo Rufo y de Osterio Scapula.

## TITULUS IX.

### DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

## TÍTULO IX.

### DE LAS POSESIONES DE BIENES.

La *herencia* era la única manera de suceder que fué reconocida por el derecho civil; era la institucion primitiva, rigurosamente

(1) Véase una excepcion que Modestino parece hacer á esta regla para un caso particular, cuando la asignacion se hace en comun á un hijo que queda bajo la patria potestad y á un hijo emancipado, si los hijos que permanecen bajo la patria potestad son dos por lo ménos. (Dig. 38. 4. 9. f. Modest.)

romana, y que no dependia de ningun magistrado, sino sólo de la ley civil (*ex jure civili, ipso jure*).

Pero un uso que se introdujo en el tribunal del pretor, y despues las disposiciones expresas del edicto, establecieron al lado de la herencia una nueva manera de entrar en el goce de los bienes del difunto, la *posesion de bienes;* institucion posterior, pretoriana y arreglada, no por la ley, sino por el magistrado.

Véase cuál debe ser su orígen. El pretor en sus atribuciones de asegurar la ejecucion de la ley se hallaba encargado, en caso de disputa, de hacer dar y mantener al heredero en la posesion de los bienes del difunto. Esta entrega de posesion era sólo la disposicion ejecutoria de la ley de herencia; era el *hecho* que ejecutaba el *derecho.* El pretor al principio debió dar exclusivamente la posesion de los bienes á los que eran herederos por la ley; pero en seguida discurrió concederla á parientes, que el derecho civil habia dejado desatendidos, y áun en otros casos rehusarla al heredero legal, y atribuirla con perjuicio suyo á otras personas que la equidad y los vínculos naturales les hiciesen preferibles. Así, haciendo ejecutar el derecho civil en el primer caso, llenaban sus vacíos en el segundo, y lo contradecia en el tercero, á fin de corregir su rigor. Sabemos que tal habia sido, en general, el objeto del derecho pretoriano (*adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*) (véase t. I, ps. 39 y 40).

Entónces la posesion de bienes se hizo una especie de derecho hereditario distinto y aparte, una especie de sucesion pretoriana, cuyo órden y condiciones fueron arregladas por el edicto. Entónces se distinguió la *herencia* de la *posesion de bienes;* y el título de *heredero* del de *poseedor de bienes*, que ordinariamente se reunia en una misma persona, pero que tambien con frecuencia se hallaban separados.

La ley, y sólo la ley, hacía al *heredero;* el pretor hacía al *poseedor de bienes.*

En el edicto la *bonorum possessio* venía la primera, porque el derecho que el pretor daba ántes de todo y útilmente, era la posesion de bienes; de la *herencia* se trataba en segundo lugar.

| | |
|---|---|
| Jus bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus | El derecho de posesion de bienes ha sido introducido por el pretor para corregir el antiguo derecho; y ha introducido este correctivo, no |

eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat: cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet a prætore adjuvabatur. Sed is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

sólo en las herencias *ab intestato*, como ántes hemos expuesto, sino tambien en las de las personas muertas con testamento. Por ejemplo, si un póstumo extraño hubiese sido instituido heredero, aunque, segun el derecho civil, no puede hacer adicion de la herencia, porque semejante institucion era nula; sin embargo, por el derecho honorario se hacía poseedor de bienes con el auxilio del pretor. Por lo demas, hoy tal póstumo, segun nuestra constitucion, es válidamente instituido heredero, y como reconocido por el derecho civil.

I. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

1. A veces, sin embargo, no es para corregir, ni para contradecir el antiguo derecho, sino más bien para confirmarlo, para lo que el pretor promete la posesion de bienes; porque da tambien á los herederos instituidos por un testamento regular la posesion de bienes *secundum tabulas* (segun las tablas). Del mismo modo, en el caso de *ab intestato*, llama á la posesion de bienes á los herederos suyos y á los agnados, aunque sin el auxilio de esta posesion de bienes les pertenezca la herencia segun el derecho civil.

Se ve por estos dos párrafos que la posesion de bienes se da: *confirmandi, emendandi vel impugnandi veteris juris gratia;* lo que corresponde al objeto general del derecho pretoriano: *adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia.* Cuidarémos de hacer notar, al exponer las diversas posesiones de bienes, en qué casos confirman, enmiendan ó contradicen el derecho civil.

En el primer caso, es decir, cuando el pretor atribuye la posesion de bienes á los que ya eran herederos segun la ley, ¿cuál es la ventaja de este derecho? La única ventaja, nos dice Gayo, es la de poder usar del interdicto que principia por estas palabras: *Quorum bonorum*, interdicto que tenía por objeto hacerse poner en posesion de los bienes hereditarios (1).

---

(1) «Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est QUORUM BONORUM, uti possit.» (Gay. 3. 34.)

II. Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt, nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt veluti per senatus-consulta et constitutiones principales ; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem *loco heredum constituuntur* et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis dum *id agebat ne quis sine successore moreretur*. Nam angustissimis finibus constitutum per legem Duodecim Tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor *ex bono et æquo dilatavit.*

2. Aquellos á quienes el pretor llamaba á la herencia, no son por derecho herederos; porque el pretor no puede hacer ningun heredero. En efecto, sólo la ley ó algun otro acto legislativo, como senado-consultos ó constituciones imperiales, pueden constituir heredero. Pero el pretor, dándoles la posesion de bienes, *los coloca en lugar de herederos*, y se denominan poseedores de bienes. El pretor ha establecido ademas otros muchos grados de posesiones de bienes, *siendo su objeto proveer á que no se muera sin sucesor*. Tambien el derecho de percibir las herencias, limitado por la ley de las Doce Tablas á los términos más estrechos, *se ha extendido por él de un modo equitativo.*

*Loco heredum constituuntur.* No son herederos, sino que se hallan establecidos en su lugar. Esto es lo que nos dice casi en los mismos términos Ulpiano, quien añade que, por consiguiente, ya gestionen ellos, ya se proceda contra ellos, hay necesidad de recurrir á acciones ficticias, en las cuales se les supone herederos, porque no siéndolo realmente, no puede haber ni en pro ni en contra de ellos accion directa bajo tal concepto. «*Heredes quidem non* »*sunt; sed heredis loco constituuntur beneficio prætoris. Ideoque seu* »*ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in qui-* »*bus heredes esse finguntur*» (1).

*Is agebat ne quis sine successore moreretur; ex bono et æquo dilatavit.* Tal es el espíritu que ha movido al pretor á añadir, despues de los herederos suyos y de los agnados del derecho civil, nuevos órdenes de poseedores de bienes, á fin de que á falta de los dos primeros órdenes no caiga la sucesion en desherencia ó caduque; y á que sus límites se extendiesen en favor de personas á quienes la naturaleza y la equidad hacian merecer consideracion.

III. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæc: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque CONTRA TABULAS; secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus præter pollicetur, ideoque

3. Las posesiones de bienes testamentarios son : en primer lugar, la deferida á los hijos omitidos, y llamada CONTRA TABULAS : en segundo lugar, la que el pretor promete a todos aquellos que se hallan legalmen-

(1) Ulp. Reg. 28. 12.

vocatur SECUNDUM TABULAS testamenti. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit; et primo loco suis heredibus, et iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur UNDE LIBERI. Secundo, legitimis heredibus. Tertio, decem personis quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sive uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, TUM QUEM EX FAMILIA. Sexto, patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus. Septimo, viro et uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

te instituidos herederos, y que se llama por consiguiente SECUNDUM TABULAS. Despues de haber tratado de los testados, pasa á los intestados. Y da la posesion de bienes: primeramente á los herederos suyos, y á todos aquellos que el edicto cuenta en el número de los herederos suyos: ésta se llama UNDE LIBERI; en segundo lugar, á los herederos legítimos; en tercer lugar, á las diez personas que prefiriese al manumisor extraño, á saber: el padre y la madre, el abuelo y la abuela, tanto paternos cuanto maternos; el hijo y la hija, el nieto y la nieta habidos de un hijo ó de una hija, el hermano y la hermana, consanguíneos ó uterinos; en cuarto lugar, á los cognados más próximos; en quinto lugar, TUM QUEM EX FAMILIA, al individuo más próximo de la familia del liberto; en sexto lugar, al patrono y á la patrona, á sus descendientes y ascendientes; en el sétimo, al esposo y la esposa, y por último, en el octavo á los cognados del manumisor.

De la misma manera que la herencia, las posesiones de bienes son ó *testamentarias* (*ex testamenta*) ó *ab intestato*, segun que el difunto ha dejado ó no testamento. El texto enumera aquí todas estas posesiones de bienes: el órden en que se enuncian está muy léjos de ser indiferente, porque indica el órden de preferencia. Vamos á recorrerlas sucesivamente en el mismo órden.

Y desde luégo vienen al principio las posesiones de bienes *ex testamento*, que se hallan ántes de las posesiones de bienes *ab intestato*, del mismo modo que la herencia testamentaria se adelanta tambien á la herencia sin testamento. «*Prætor eum ordinem secu-*»*tus quem et lex Duodecim Tabularum secuta est: fuit enim ordi-*»*narium, ante de judiciis testantium, deinde successione abintesto lo-*»*qui*» (1).

Las posesiones de bienes testamentarios son dos únicamente, colocadas en el órden que sigue:

1.° CONTRA TABULAS; — 2.° SECUNDUM TABULAS.

*Contra tabulas*. La posesion de bienes *contra tabulas* se llama

(1) D. 38. 6. 1. pr. f. Ulp.

igualmente *contra lignum* (1), es decir, contra las tablas, contra la madera del testamento. Un título del Digesto está especialmente destinado á esta posesion de bienes (2). Se da en general á los hijos pasados en silencio ó preteridos por el jefe de familia, *præteritis liberis*, como dice el texto. Los hijos de que aquí se trata son los hijos herederos suyos ó puestos en la clase de tales : naturales ó adoptivos, emancipados ó dados en adopcion, conforme á todo lo que hemos expuesto al principio de este tomo (3), sin distincion, como ya hemos dicho (t. I, pág. 553), entre los descendientes del sexo masculino y los del sexo femenino. Aquellos hijos que, no habiendo sido instituidos ni desheredados por su padre, se hallasen privados por sola preterición de los derechos de suceder de herederos suyos, obtendrán del pretor, á pesar de las tablas del testamento, la posesion de bienes en los derechos y en el órden con que fuesen llamados á la sucesion por el derecho civil. « *Vocantur » autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi, eo jure eoque » ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili* » (4). Pero los hijos desheredados no son admitidos (5). Esta posesion de bienes no tiene lugar contra el testamento de las mujeres, porque no tienen herederos suyos. «*Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent*» (6). Confirma el derecho civil y lo auxilia (*adjuvat*), cuando se trata de hijos realmente herederos suyos, pues sabemos que habiendo sido preteridos, el testamento es nulo segun la jurisprudencia civil. A esta nulidad del derecho civil viene á agregarse la rescision pretoriana. Pero corrige y contradice al derecho civil (*emendat impugnat*), cuando se trata de hijos emancipados, pues, no teniendo civilmente ningun derecho de herederos suyos, la sucesion debia corresponder, segun el derecho civil, á los herederos instituidos, y á quienes por medio de la posesion de bienes y de la rescision pretoriana que de ella resulta, esta sucesion les ha sido arrebatada. Una especie de posesion de bienes *contra tabulas* se daba tambien, segun lo que hemos visto, t. I, p. 552, al patrono contra el testamento del liberto para hacerse dar la mitad de la he-

(1) D. 37. 4. 19. f. Trifon.
(2) Dig. 37. 4.
(3) Ulp. Reg. 28. 3.
(4) D. 37. 4. 1. § 1. f. Ulp.
(5) Ib. 8. pr. y 10. § 5. fr. Ulp.
(6) Ib. 4. § 2. f. Paul.

rencia, de que habia sido privado por este testamento. Aquí contradecia tambien el derecho civil.

*Secundum tabulas*. Esta posesion de bienes se daba á los herederos instituidos, conforme á las disposiciones del testamento que el pretor de este modo ponia en ejecucion. El título 2 del libro 37 del Digesto se ocupa especialmente de esta materia. Se daba, no sólo cuando el testamento era regular y válido segun el derecho civil, sino tambien en otros casos en que éste no le hubiese dado efecto. Así, ya en la forma, ya en la capacidad del testador ó del instituido, ó ya en las mismas disposiciones del acto, era el pretor ménos riguroso que el derecho civil. En la forma, poco importaba que no hubiese habido mancipacion de la familia, ó nuncupacion; con tal que el acta contuviese los siete sellos exigidos, el pretor daba la posesion de bienes *secundum tabulas* (t. I, p. 505) (1). En la capacidad del testador poco importaba que este último hubiese perdido dicha capacidad en el tiempo intermedio entre la formacion del testamento y su fallecimiento, porque el pretor sólo exigia la capacidad en estas dos épocas (véase t. I, p. 553 y 605) (2). En la del instituido, acabamos de ver un ejemplo en el preámbulo mismo de este título, en que las Institutas nos dicen que si ha sido instituido un póstumo extraño, aunque esta institucion no sea válida segun el derecho civil, el pretor vendrá en su auxilio, es decir, que le concederá la posesion de bienes *secundum tabulas*. En las disposiciones mismas del acta, porque en caso de institucion hecha bajo condicion, concedia el pretor la posesion de bienes *secundum tabulas*, áun ántes del cumplimiento de la condicion (*pendente conditio*), salvo el retirarla si no se verificaba la condicion (3). En fin, en otros casos tambien, como el que hemos indicado (t. I, p. 605). Se ve, pues, que esta posesion de bienes es unas veces conforme, y otras contraria al derecho civil. Por lo demas, la posesion de bienes *secundum tabulas* venía en segundo lugar, despues de la *contra tabulas*. En efecto, si hay hijos con derecho á la posesion de bienes contra el testamento, miéntras que pueden pedirla, no puede tener lugar la que tiene por objeto hacer ejecutar el testamento. Es preciso, pues, esperar que los hijos hayan dejado espirar el plazo para solicitar la posesion de bienes *contra tabulas*

(1) Ulp. Reg. 28. 6.
(2) Dig. 37. 11. 1. § 8. f. Ulp.
(3) Dig. 37. 11. 5 y 6. f. Ulp.

(porque verémos que cada posesion de bienes debia ser solicitada en un plazo determinado, pasado el cual caducaba), ó bien que hayan muerto, ó que hayan repudiado ó perdido el derecho (1).

En defecto de posesiones de bienes testamentarias, ya por falta de testamento, ya por falta de haber pedido las posesiones de bienes *contra tabulas* ó *secundum tabulas* en los plazos establecidos, el edicto pasa á las posesiones de bienes *ab intestato*, que eran las siguientes :

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI,
UNDE DECEM PERSONÆ,
UNDE COGNATI,
TUM QUEM EX FAMILIA,
UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM,
UNDE VIR ET UXOR,
UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

Esta denominacion de las posesiones de bienes, que consiste en la proposicion *unde* seguida de la designacion de las personas llamadas, es una abreviacion de esta frase : «*Ea pars edicti unde liberi vocantur; unde legitimi vocantur*, etc.»

Sólo cuatro de estas posesiones de bienes son relativas á la sucesion de los ingénuos : « *Unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor*»; las otras cuatro son exclusivamente aplicables á las sucesiones de los libertos. Necesitamos recorrerlas todas ligeramente.

*Unde liberi* (2). Esta es la primera; se concede á los hijos que son herederos suyos, ó llamados en el número de los herederos suyos, segun lo que ya hemos dicho. No tiene lugar en la sucesion de las mujeres, pues estas últimas no tienen herederos suyos. Es comun á la de los libertos lo mismo que á la de los ingénuos, pues los libertos tienen desde luégo por sucesores á los herederos suyos.

*Unde legitimi* (3). Por esta posesion de bienes son llamados todos aquellos que son legalmente herederos *ab intestato*, ya segun la ley de las Doce Tablas, ya segun otra ley cualquiera, senado-consulto ó constitucion. Así los agnados que vienen segun la ley de las Doce Tablas, las personas puestas por las constituciones en

(1) Ib. 2. pr. f. Ulp.
(2) Véase el título especial dedicado á esta posesion de bienes en el Dig. lib. 38, tit. 6.
(3) Véase el título especial del Dig. 38. 7.

la clase de agnados, y la madre que sucede á sus hijos segun el senado-consulto Tertuliano, ó los hijos que sucedan á su madre segun el senado-consulto Orfitiano, pueden perder esta posesion de bienes (1). Lo mismo sucede al patrono y á sus hijos, pues son herederos legítimos del liberto (2). Y áun los herederos suyos, si hubiesen descuidado solicitar en el plazo establecido su especial posesion de bienes *unde liberi*, ó si la hubiesen repudiado, podian pasar á la posesion de bienes *unde legitimi*, y recibirla con preferencia á los agnados, pues siendo herederos segun la ley, se hallaban comprendidos bajo la denominacion general de herederos legítimos. Un fragmento de Juliano nos ha conservado los propios términos del edicto acerca de esta posesion de bienes; se hallan concebidos en el sentido más lato: « *Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset*..... (probablemente ó casi *vocabo*).» Entónces llamaria yo al que debia ser su heredero *ab intestato*, y el jurisconsulto añade que es preciso entender estas palabras ampliamente y en su mayor latitud (*large et cum extensione*) (3). Esta posesion de bienes no tenía nunca por efecto sino confirmar el derecho civil. Tenía lugar lo mismo en la sucesion de las mujeres que en la de los hombres. Era comun á la de los ingénuos lo mismo que á la de los libertos (4).

*Unde decem personæ*. Esta posesion de bienes se aplicaba al caso absolutamente particular de la sucesion de una persona libre, que habiendo sido adquirida *in mancipio* por un extraño, hubiese sido manumitida por él. Esto tenía lugar principalmente, como ya hemos visto, de un modo ficticio, para verificar una emancipacion. Sabemos que en este caso el manumitente extraño (*manumissor extraneus*) obtenia, segun la ley civil, los derechos de patronato, y por consiguiente los de sucesion, sin que el padre natural ni la familia de que el liberto habia salido tuviesen ninguno (véase tomo I, página 160). El pretor corrigió este rigor civil, llamando por una posesion especial de bienes, ante el manumitente extraño, á las diez personas de la familia natural que se mencionan en el texto.

---

(1) Ib. 2. § 4. f. Ulp.
(2) Ib. § 1.
(3) Dig. 38. 7. 1. f. Jul.
(4) Dig. 38. 7. 2. §§ 1 y 2. f. Ulp.

*Unde cognati* (1). Esta posesion de bienes no tiene ningun orígen en el derecho civil; procede sólo de la indulgencia del pretor, que suple un vacío de la ley. Extiende los límites del derecho de sucesion, creando un nuevo órden de sucesores. Ya hemos visto cuáles son las personas llamadas á ella, y cómo lo son. Sabemos que los herederos suyos y los herederos legítimos, si habian descuidado ó rehusado su posesion de bienes *unde liberi* ó *unde legitimi*, podian todavía presentarse entre los cognados en su grado de proximidad, solicitando la posesion de bienes *unde cognati*, pues que tambien eran cognados.

*Tum quem ex familia*. Esta posesion de bienes es propia exclusivamente de la sucesion de los libertos. Para esta sucesion sabemos que habia en primer lugar la posesion de bienes *unde liberi*, y en segundo lugar, á falta de la primera, la posesion de bienes *unde legitimi*, en la que se hallaban comprendidos el patrono y sus hijos. Pero en defecto de esta segunda posesion de bienes, habia el pretor llamado en tercer lugar al individuo más próximo de la familia del patrono; lo que comprendia al mismo patrono ó á sus hijos, si habian descuidado ó rehusado pedir la posesion de bienes *unde legitimi*, y ademas á sus agnados. La denominacion de esta posesion de bienes *tum quem ex familia*, no ofrece realmente ninguna dificultad; sólo por un error evidente ha podido corromperse en la de *tamquam ex familia*, ó dudar entre ellas. Estas palabras *tum quem ex familia* son el principio del edicto, y enteramente conformes á las que ya hemos citado, relativas á la posesion de bienes de los herederos legítimos : *tum quem ei heredem esse oporteret*, y que dos veces hallamos reproducidas en el Digesto (2). Se puede deducir de aquí que era la locucion habitual del edicto para las diversas posesiones de bienes. Aquí el sentido era sin duda : *Tum quem ex familia..... (patroni proximum oportebit, vocabo)*, yo llamaré al de la familia del patrono que sea más próximo.

*Unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*. Tal es la denominacion de esta posesion de bienes, como nos la dan á conocer en el § 5 de este título, y Teófilo en su paráfrasis. Esta posesion de bienes era tambien exclusivamente aplicable á las sucesiones de los libertos. ¿Cuál era la utilidad de ello? A pesar de la explica-

---

(1) Véase el título especial del Dig. 38. 8.
(2) D. 38. 7. 1. f. Julian.—38. 14. 1. f. Ulp.

cion que nos da Teófilo, se ha considerado esta cuestion como un problema difícil de resolver de un modo satisfactorio. Si el patrono ó sus hijos, nos dice Teófilo, han descuidado solicitar la posesion de bienes *unde legitimi* en los plazos establecidos, de tal modo que hayan dejado igualmente espirar el plazo de la posesion de bienes *tum quem ex familia*, entónces el patrono ó sus hijos ó sus ascendentes podrán presentarse en solicitud de la posesion de bienes : *unde liberi patroni.....* etc. Ha parecido ridícula esta repeticion de posesiones de bienes, que sería únicamente inventada para multiplicar los recursos del patrono y darle la facultad de pasar de una á otra posesion de bienes, como de rama en rama. Pero no es éste el objeto principal : la posesion de bienes *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* no se da especialmente al patrono ni á la patrona, ni de ellos se habla en su denominacion; y si tenía derecho para aprovecharse de ella, era sólo accidentalmente. Por lo demas, no hay nada en esto que no sea comun y general á todos los órdenes de posesiones de bienes. En efecto, hemos visto que en la sucesion de los ingénuos las posesiones de bienes son primero : *unde liberi*, para los herederos suyos; despues *unde legitimi*, principalmente para los agnados; y en fin, *unde cognati*, para todos los cognados parientes naturales : lo que no impide que los herederos suyos sean comprendidos en cada una de las tres, y que despues de haber dejado pasar la primera, puedan venir á la segunda, y en defecto de ésta, á la tercera; y que por su parte los agnados, despues de haber dejado pasar la posesion de bienes *unde legitimi*, puedan venir en su grado de proximidad á la posesion de bienes *unde cognati*. Del mismo modo, en la sucesion de los libertos la serie de las posesiones de bienes en cuanto al derecho de patronato era ésta : 1.°, *unde legitimi*, para el patrono y sus hijos conforme á la ley, lo que no comprendia ni los hijos fuera de la potestad del patrono, ni los de la patrona, pues las madres no tienen nunca patria potestad; 2.°, *tum quem ex familia*, para la familia civil del patrono ó de la patrona, es decir, principalmente para sus agnados, en lo que no se comprendia ninguno de los parientes unidos sólo por los vínculos naturales; 3.°, *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*, para los descendientes ó ascendientes, sin distinguir si se hallan ó no bajo la potestad ó en la familia del patrono, sino sólo á causa del vínculo de la sangre; tambien los hijos de la patrona y sus ascendientes se hallan nominalmente comprendidos

en ella: es la posesion de bienes deferida á la familia natural del patrono, principiando por la línea directa descendente y ascendente. En fin, como vamos á ver inmediatamente, 4.°, *unde cognati manumissoris*, para los cognados del patrono ó de la patrona; es decir, especialmente para su familia natural colateral. Lo que no impide que el patrono ó sus hijos herederos suyos sean comprendidos en todas estas posesiones de bienes, y que despues de haber dejado pasar la *unde legitimi*, puedan venir á la *tum quem ex familia*, pues son de la familia civil; despues á la *unde liberi patroni*..... etc., pues son de la línea directa, ó en fin, á la *unde cognati manumissoris*, pues son de la cognacion; y que del mismo modo los agnados, á falta de su posesion de bienes *tum quem ex familia*, y los ascendientes y descendientes, á falta de la suya *unde liberi patroni*..... etc., puedan venir igualmente á la última *unde cognatio manumissoris*, en la que todos se hallan comprendidos. Esta explicacion es, pues, muy natural y enteramente conforme al espíritu general de las posesiones de bienes. Los autores alemanes han discurrido otra recientemente. Suponen que la posesion de bienes *unde liberi patroni*, etc., es relativa al patrono del patrono del liberto difunto. Así el patrono inmediato de este liberto difunto será el mismo liberto con su patrono, y este patrono del patrono será el llamado, lo mismo que sus hijos y sus ascendientes, á falta de patrono inmediato y de su familia (1). Esta explicacion es ingeniosa; pero no se halla en armonía ni con la gradacion de los derechos de patronato, que aparecerá alterada y contradictoria, ni con el espíritu de las posesiones de bienes, tal como lo hemos demostrado, ni con la explicacion de Teófilo, que en semejante materia debe obtener más crédito que los ingenios modernos; ni, en fin, con los textos de las Institutas y de Ulpiano, que nunca hablan sino del patrono y de la patrona, cuando hubiera sido fácil y breve decir el patrono del patrono (2).

*Unde vir et uxor*, relativa á la sucesion de los ingénuos lo mismo que á la de los libertos, llenando un vacío del derecho civil que habia dejado á los esposos sin derechos recíprocos en la sucesion, cuando no habia *in manum conventio;* aplicándose por lo demas

(1) Memoria de M. Gœschen, sobre la *bonorum possessio libertini intestati.* (Civilitisches Magacin, t. 4. p. 257, 359.—*Historia del derecho romano,* de M. Hugo, t. 1. CCCXXIV, nota 3.)
(2) Ulp. Reg. 28. 7.

sólo en el caso de justas nupcias, y cuando el matrimonio existia todavía en el momento de la muerte (1).

*Unde cognati manumissoris*, exclusivamente propia de la sucesion de los libertos. Parece, sin embargo, segun Ulpiano, que este derecho no era indefinido para todos los cognados del patrono, y que no pasaba de un límite determinado, fijado segun la ley FURIA (2).

A falta de toda persona á quien pudiese pertenecer la posesion de bienes, eran los bienes deferidos al pueblo, segun la ley JULIA *caducaria*. «*Et si nemo sit*, dice Ulpiano, *ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem sed jus suum omiserit, populo bona deferentur ex lege Julia caducaria*» (3).

IV. Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio : a nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, CONTRA TABULAS quidem et SECUNDUM TABULAS bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato UNDE LIBERI et UNDE LEGITIMI bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est UNDE DECEM PERSONÆ, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur præfata quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possesionem induximus, et quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

4. Tales fueron las posesiones de bienes introducidas por la jurisdiccion pretoriana; pero por lo que á nosotros toca, no dejando escapar nada á nuestra investigacion, y corrigiendo todas las cosas por nuestras constituciones, hemos mantenido, como de necesidad, las posesiones de bienes CONTRA TABULAS y SECUNDUM TABULAS, como igualmente las UNDE LIBERI y UNDE LEGITIMI en el órden *ab intestato*. Pero en cuanto á la que se halla colocada en quinto lugar en el edicto del pretor, es decir, la posesion UNDE DECEM PERSONÆ, por una determinacion piadosa y en pocas palabras, hemos declarado su inutilidad. En efecto, esta posesion de bienes tenía por objeto colocar diez personas ántes del manumisor extraño, pero segun nuestra constitucion relativa á la emancipacion de los hijos, todos los ascendientes son ellos mismos manumisores, como si se hubiesen reservado la cláusula de fiducia: por manera que este privilegio es inherente á la manumision que hacen los mismos, y hace inútil la posesion de bienes de que hablamos. Suprimiendo, pues, esta quinta posesion de bienes, y dando su lugar á la que ántes era la sexta, hemos establecido por quinta posesion de bienes la que el pretor promete á los cognados más próximos.

---

(1) Véase el título especial del Dig. 38. 11.

(2) «Septimo, cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus quam mille asses capere licet.» Ulp. Reg. 28. 7.

(3) Ulp. Reg. 28. 7.

V. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio TUM QUEM EX FAMILIA, et octavo UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM, utramque per constitutionem nostram quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coarctavimus, ut si aliqua inter ingenuos et libertinos differentia, sufficit eis tam CONTRA TABULAS bonorum possessio quam UNDE LEGITIMI et UNDE COGNATI, ex quibus possunt sua jura vindicare : omni scrupulositate et inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto.

5. Y como ántes se hallaba en sétimo lugar la posesion de bienes TUM QUEM EX FAMILIA, y en octavo UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM, las hemos enteramente suprimido ambas por nuestra constitucion relativa al derecho de patronato. Porque, pues hemos establecido las sucesiones de los libertos sobre el modelo de la de los ingénuos, limitándolas sólo al quinto grado, para dejar entre ellas una diferencia, bastan, para reclamar los derechos de patronato, posesiones de bienes, tanto CONTRA TABULAS cuanto UNDE LEGITIMI y UNDE COGNATI, hallándose resueltas todas las sutilezas y los rodeos difíciles de estas dos posesiones de bienes.

VI. Aliam vero bonorum possessionem, quæ UNDE VIR ET UXOR appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco, id est sexto, eam possuimus : decima veteri bonorum possesione, quæ erat UNDE COGNATI MANUMISSORIS, propter causas enarratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

6. En cuanto á la posesion de bienes UNDE VIR ET UXOR, colocada en noveno lugar entre los antiguos, la hemos conservado en todo su vigor, haciéndola subir de lugar y colocándola en el sexto. La décima que existia en otro tiempo, la UNDE COGNATI MANUMISSORIS, se ha considerado justamente suprimida por los motivos ya expuestos; por manera que no han quedado ya en todo vigor más que seis posesiones de bienes.

Por efecto de las variaciones verificadas por Justiniano, y cuyos motivos se hallan suficientemente explicados en los tres párrafos precedentes, las cuatro posesiones de bienes *ab intestato*, que eran exclusivamente propias de la sucesion de los libertos, se hallan suprimidas, y no quedan ya más que las cuatro posesiones de bienes de los ingénuos,

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI,
UNDE COGNATI,
UNDE VIR ET UXOR,

que sirven tanto para la sucesion *ab intestato* de los ingénuos, cuanto para la de los libertos, pues que esta última ha sido casi enteramente asemejada á la otra, segun hemos manifestado : la posesion de bienes *unde liberi*, para los herederos suyos del liberto y las personas colocadas en el número de los herederos suyos; *unde*

*legitimi*, para el patrono y sus hijos ; *unde cognati*, para los ascendientes y cognados del patrono hasta el quinto grado solamente; y en fin, *unde vit et uxor*.

VII. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, *quibus ut detur lege vel senatus-consulto vel constitutione comprehensum est*. Quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatus-consultis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

7. Viene, en fin, una sétima posesion de bienes, que el pretor ha introducido con justísima razon. En efecto, el edicto al terminar promete la posesion de bienes á aquellos á quienes *una ley ó un senado-consulto ó una constitucion ordenasen textualmente darla* : posesion de bienes que el pretor no ha colocado en ningun órden fijo, ni en las *ab intestato*, ni en las testamentarias ; pero que ha dispuesto, segun exige cada caso, como un último recurso extraordinario para aquellos que vienen segun las leyes, los senado-consultos ó el derecho nuevo de las constituciones, ya por testamento, ya *ab intestato*.

*Quibus ut detur lege, vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est*. Era, segun lo que nos manifiesta Teófilo, el nombre de esta última posesion de bienes que se llamaba tambien, segun la misma autoridad, *tum quibus ex legibus*. «Entónces aquellos á quienes las leyes (*probablemente*) ordenan diferir la posesion de bienes» ; ó simplemente segun el epígrafe del título especial dedicado en el Digesto á esta materia : *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio* (1). Ulpiano nos ha conservado los términos del edicto relativo á esta posesion de bienes : « *Uti me quaque lege, senatus-consulto, bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo.* » Es preciso observar que aquí se trata de ley, senado-consulto ó acto legislativo que ordenase expresamente deferir la posesion de bienes.

Esto resulta positivamente de los términos del edicto, lo mismo que de la explicacion que nos dan Paulo y Ulpiano ; y distingue tambien la posesion de bienes *ut ex legibus senatusve consultis*, de la *unde legitimi*. La primera es sólo aplicable, cuando la ley ordena nominalmente deferir la posesion de bienes (*cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet*) ; la segunda, cuando la ley sólo defiere la herencia sin hacer mencion de la posesion de bienes (*defert*

---

(1) Dig. 38. 14.

*hereditatem non etiam bonorum possessionem*). Pero si la ley defiere á un tiempo la herencia y la posesion de bienes, hay derecho indistintamente, ya á la posesion de bienes *ut ex legibus senatusve consultis*, ya á la *unde legitimi* (1).

El pretor no necesita aquí molestarse en saber si esta posesion de bienes será testamentaria ó *ab intestato*, ni el lugar que ocupará: promete sólo por su parte obedecer toda ley que ordene deferir la posesion de bienes. Esta posesion de bienes será un derecho extraordinario, *extraordinarium auxilium*, como dice el texto, al cual ninguna otra posesion del edicto puede servir de obstáculo contra la ley que ordena (2).

VIII. Cum igitur *plures species successionum* prætor introduxisset, *easque per ordinem disposuisset* et *in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ*, ne actiones creditorum differentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonorum possessione annum spatium, ceteris centum dierum dedit.

8. Habiendo el pretor de esta manera introducido *muchas especies de sucesiones*, y habiéndolas *dispuesto por órden*, y existiendo en cada órden frecuentemente *muchas personas en diversos grados*; á fin de que los acreedores no tengan sus acciones en suspenso, sino que tengan á quien dirigirse; y á fin, por otra parte, de que no se hagan fácilmente poner en posesion de los bienes del difunto, y que no tengan que recurrir á este modo de ejercer sus derechos, el pretor ha fijado un plazo limitado para solicitar la posesion de bienes. Ha dado á los hijos y á los ascendientes, tanto naturales como adoptivos, el espacio de un año, y á todos los demas, cien dias.

IX. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit, vel si nemo sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur; sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

9. Si alguno deja espirar este plazo sin solicitar la posesion de bienes, acrece á las personas del mismo grado; ó si no hay ninguna, pasa, segun el edicto sucesorio, al grado subsecuente, como si no existiese el precedente. Mas si alguno repudia la posesion de bienes que le fuese deferida, no se espera á que espire el término fijado á la demanda de posesion de bienes; y los otros son inmediatamente admitidos segun el mismo edicto.

---

(1) Ib. 1. § 2. f. Ulp.—38. 7. 3. f. Paul
(2) Dig. 38. 14. 1. § 1.

La posesion de bienes no era deferida de pleno derecho: era preciso pedirla; y podia tambien ser repudiada.

Se la pedia al magistrado del pueblo romano (*magistratus populi romani*), es decir, al pretor; y en las provincias al gobernador. Era lo que se llamaba pedir, reconocer, admitir, recibir la posesion de bienes (*bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere, accipere*), segun las expresiones empleadas por los jurisconsultos romanos y por las leyes del Digesto (1).

Para no dejar indefinidamente en suspenso á los acreedores, legatarios y demas personas interesadas, habia el edicto fijado un plazo, como el texto indica aquí, dentro del cual era absolutamente preciso solicitar la posesion de bienes.

Si aquel que tenía derecho á la posesion de bienes dejaba espirar el plazo sin pedirle, ó si moria ántes de que espirase dicho plazo, ó en fin, si la repudiaba, la posesion de bienes se consideraba perdida para él (2).

Mas en las posesiones de bienes habia en este caso, segun las circunstancias, derecho de acrecion ó de devolucion sucesiva, primero de grado en grado, y despues de una en otra posesion de bienes.

En efecto, cada posesion formaba un órden sucesivo (*plures species successionum..... eusque per ordinem disposuisset*), dice el texto (§ 8), y en cada una de ellas los parientes que en la misma serie eran comprendidos, ocupaban diversos grados (*et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ*). Si siendo llamadas juntas muchas personas del mismo grado, una de ellas repudiase su posesion de bienes ó la perdiese, su parte acrecia á los demas; en este caso habia acrecion (3). Si la persona que repudiaba ó que dejaba caducar su derecho se hallaba sola en su grado, ó si todo el grado se hallaba excluido, entónces la posesion de bienes pasaba al grado subsecuente; y esto durante siete grados (*sequens gradus admittitur, perinde ac si superiores non essent; idque per septem gradus fit* (4); en este caso habia devolucion de grado á grado. En fin, por falta de grados subsecuentes,

---

(1) Dig. 38. 15.—38. 9.
(2) Dig. 37. t. 4. f. Gay.
(3) Dig. 37. 3. § 9. f. Ulp.
(4) Ulp. Reg. 28. 11.

ó agotados todos los grados, se pasaba á la siguiente posesion de bienes; habia devolucion de una á otra posesion de bienes.

X. In petenda autem bonorum possessione, *dies utiles singuli considerantur*. Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis *pro petenda* bonorum *possessione curet;* sed quocumque modo *si admittendis etiam indicium intra statu tamen tempora* ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

10. En la demanda de posesion de bienes *sólo se cuenta cada dia útil;* pero los príncipes anteriores han establecido sábiamente acerca de esto, que *ninguno se inquiete ni cuide en proponer una demanda de posesion de bienes;* pero que manifestando de un modo cualquiera, *con tal que sea en el plazo establecido, su intencion de aceptarla*, adquieran todo el beneficio de ella.

*Dies utiles singuli considerantur*. Sólo se cuentan los dias útiles, es decir, sólo aquellos en que era permitido presentarse ante el magistrado á pedir la posesion de bienes.

*Pro petenda bonorum possessione curet*. Hemos visto que en otro tiempo era preciso presentarse efectivamente ante el magistrado del pueblo romano, y hacerle demanda formal de la posesion de bienes. Era preciso, dice Teófilo, decirle especialmente: «Dame tal posesion de bienes» (*da mihi hanc bonorum possessionem*). Pero hallamos en el código de Justiniano dos constituciones del emperador Constancio: la una que permite presentarse, para admitir la posesion de bienes, no sólo ante los magistrados del pueblo romano, sino ante cualquier juez y áun ante los decemviros, y manifestarles su intencion en cualesquiera términos, hallándose suprimida toda solemnidad de palabra (1). La otra que excusa áun á aquellos que por ignorancia, rusticidad ó ausencia no se hubiesen presentado ante ningun magistrado (2). Bajo el imperio de Justiniano la regla general es ésta: la posesion de bienes no se pide ya á ningun magistrado; basta manifestar de un modo cualquiera, en el plazo establecido, la aceptacion que de ella se hace (*admittentis eam indicium, intra statuta tamen tempora*). En realidad la distincion entre la posesion de bienes y la herencia se ha disipado, y las dos instituciones se confunden; sólo quedan palabras.

Hay que hacer, por último, una distincion muy importante en las posesiones de bienes, aunque las Institutas la omiten entera-

(1) Cod. 6. 9. 9.
(2) bid. 8.

mente. «La posesion de bienes, nos dice Ulpiano, se da, ó *cum re* (con la cosa), ó *sine re* (sin la cosa): *cum re*, cuando aquel que la recibe retiene efectivamente los bienes ; *sine re*, cuando otro, segun el derecho civil, puede despojarle de la herencia» (1). En efecto, puede el derecho de herencia en la misma sucesion hallarse en cabeza de una persona, y el derecho de posesion de bienes en cabeza de otra: ¿cuál de las dos recibirá efectivamente los bienes y fortuna del difunto? Es preciso creer que no sea siempre el poseedor de los bienes. Gayo nos cita muchos ejemplos, en que éste sólo tendrá un derecho nominal é ilusorio, miéntras que el derecho efectivo y útil corresponderá al heredero civil. «Si, por ejemplo, dice, el heredero válidamente instituido por testamento ha aceptado la herencia, pero no ha querido pedir la posesion de bienes, contentándose con su título civil de heredero, la posesion de bienes pasa á aquellos que son llamados *ab intestato;* pero se les da *sine re* (sin la cosa), porque el heredero testamentario podria despojarlos de la herencia. Del mismo modo, si en una sucesion *ab intestato*, contentándose el heredero suyo con su derecho legítimo de herencia, no ha querido pedir la posesion de bienes, pasa al agnado más próximo; pero *sine re* (sin la cosa), porque el hijo heredero suyo tendria el derecho de despojarlo; tambien del mismo modo, por lo que respecta al agnado que fuese heredero segun el derecho civil é hiciese adicion, pero sin querer pedir la posesion de bienes, esta posesion pasará siempre, por la misma razon, á los cognados más próximos; pero sin la cosa, *sine re*» (2). Puede observarse que en todos estos casos se trata de ciudadanos, en cuyas cabezas recaian desde luégo á un tiempo, ya el derecho civil de herencia, ya el derecho pretoriano de posesion de bienes; pero que han renunciado á este último, ó que lo han perdido por no ejercitarlo en el plazo establecido. Como el derecho de herencia que habian formalmente aceptado, ó que, por otra parte, no se pierde en un plazo tan breve, ha permanecido siempre en cabeza de ellos, les basta este derecho para despojar de la herencia á cualquier detentador, y por consiguiente, el pretor no ha dado á los poseedores subsecuentes de bienes sino una posesion de bienes *sine re*. Esto tenía tambien lugar, añade Gayo, en otros muchos casos semejantes.

(1) Ulp. Reg. 28. 13.
(2) Gay. 3. 35 á 38.

En fin, para completar esta materia, debemos añadir cuatro palabras acerca de algunas posesiones de bienes absolutamente excepcionales. Desde luégo la VENTRIS NOMINE, concedida en interes del hijo que se halla todavía encerrado en el seno materno al tiempo de abrirse la sucesion, y que al nacer tendrá derecho para hacer que caduque, por la posesion de bienes *contra tabulas*, la institucion hecha en perjuicio suyo. En tal estado, este hijo, que todavía sólo existe en esperanzas, no puede pedir ni la herencia ni la posesion de bienes *contra tabulas;* pero entre tanto, y para la conservacion de sus derechos eventuales, el pretor de la posesion de bienes, *ventris nomine*, pone el vientre en posesion (*ventrem in possessionem mittere*); lo que por lo demas sólo es provisional hasta que se realice el nacimiento, ó se haya perdido toda esperanza (1).

El segundo caso es el de la posesion de bienes del edicto Carboniano (*bonorum possessio* EX CARBONIANO). Este edicto, introducido por el pretor Cneo Carbon, se halla concebido en estos términos: «*Si cui controversia fiat an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis differtur*» (2). Así, cuando se dirige contra un impúbero una demanda que ataque á un mismo tiempo su estado y su derecho de herencia (*si status et hereditatis simul controversia sit*), á fin de no comprometer sus más importantes derechos en un fallo pronunciado miéntras que es impúbero, el pretor difiere la sentencia hasta que llegue á su pubertad, y entre tanto, para que no sea privado del goce de la herencia, le concede la posesion de bienes EX CARBONIANO, no sólo *contra tabulas*, sino tambien *secundum tabulas* ó *ab intestato*, segun el caso. Por lo demas, esta posesion es sólo provisional, y se da únicamente, segun los propios términos del edicto, con conocimiento de causa (*causa cognita*), es decir, examinando sumariamente el pretor si hay duda suficiente en favor del impúbero para concedérsela (3).

Hay todavía algunas materias que son comunes tanto á las sucesiones testamentarias, cuanto á las sucesiones *ab intestato*, acerca de las cuales debemos, á pesar del silencio ó el laconismo de

(1) Dig. 37. 9.
(2) Dig 37. 10. 1. pr. f. Ulp.
(3) Véase el título especial del Dig. 37. 10.

las Institutas en cuanto á las mismas se refiere, dar por lo ménos de ellas una ligera idea.

*De la colacion (es decir, de la presentacion) de bienes* (1).

Llamando el pretor á los hijos emancipados en el número de los herederos suyos, ya por la posesion de bienes *contra tabulas*, ya por la *unde liberi*, los obligó á traer ante los verdaderos herederos suyos, para que fuesen adjuntos á la masa hereditaria, todos sus bienes, por el motivo de que si estos hijos hubiesen quedado bajo la patria potestad, no habrian adquirido nada para sí mismos, pues todas sus adquisiciones habrian quedado en el dominio del jefe, lo mismo que las de sus hermanos herederos suyos. Esto fué lo que se llamó *collatio bonorum*, el producto ó beneficio de los bienes.

En breve la interpretacion de los prudentes hizo admitir que la hija, áun siendo heredera suya, sería obligada, cuando pidiese la posesion de bienes, á traer su dote; y el emperador Antonino Pío la obligó á esta presentacion, áun en el caso de que ateniéndose á su título civil de heredera, no solicitase la posesion de bienes (2).

Se ve que hasta aquí el objeto de la presentacion era hacer entrar en el patrimonio de la familia, en beneficio de los hijos que no hubiesen salido de ella, y que nada hubiesen segregado de la misma, bienes que la emancipacion ó la constitucion de la dote hubiesen hecho salir de aquélla.

Posteriormente el emperador Leon extendió la obligacion de la presentacion tanto á la dote cuanto á la donacion *propter nupcias*, ya se trate de una hija emancipada ó que haya quedado bajo la patria potestad, ya, en fin, fuese la sucesion la del jefe de la familia, ó de la madre, ó de cualquier otro ascendiente paterno ó materno.

En fin, Justiniano quiso que todos los hijos sin distincion, sucediendo *ab intestato* en los bienes de sus ascendientes, fuesen obligados á hacerse respectiva presentacion de todas las cosas que, segun las reglas que hemos expuesto (t. I, p. 616), son imputables sobre la cuarta en la queja de inoficiosidad.

(1) Véanse los títulos particulares en el Dig. 37. 6.
(2) Véanse los títulos particulares del Cod. 6. 20.

Tal fué el orígen de lo que se llama la presentacion de los bienes (*collatio bonorum*), cuyas reglas recibieron la mayor latitud, pero que no es éste lugar de exponer. Se ve que la necesidad de la presentacion se imponia sólo á los hijos que sucedian á sus ascendientes, y que ni los ascendientes ni los colaterales se hallaban á ella sujetos. — La presentacion sólo podia pedirse por los hijos herederos, unos á otros recíprocamente; pero nunca por los herederos extraños. — La obligacion cesaba con respecto á los hijos que se abstenian de la herencia ó que la repudiaban, con respecto á cosas que habian perecido sin culpa suya y ántes de la muerte del difunto, y en fin, si el testador les habia expresa ó tácitamente dispensado dicha presentacion (1).

### *Del derecho de acrecion entre coherederos.*

Si uno de los herederos llega á faltar, la parte que habria tenido pasa á sus coherederos, y esto es lo que se llama el derecho de *acrecion:* ya hemos examinado semejante derecho con relacion á los legatarios (t. I, p. 673), y anunciado el mismo con relacion á los herederos.

Tienen lugar no sólo para los herederos testamentarios, sino tambien para los herederos *ab intestato* y áun para los poseedores de bienes.

Cualquiera que sea la causa por que haya resultado vacante la parte del heredero que falta: ya sea por no haber hecho adicion, ya por rehusarla, por fallecimiento, por incapacidad ó por haber trascurrido el término fijado para solicitar la posesion de bienes; pero no por indignidad, porque en breve verémos que este caso se halla sometido á reglas particulares. — Entre herederos testamentarios, la acrecion no tiene siempre lugar indistintamente para todos. Si algunos son instituidos conjuntamente, como, por ejemplo, que Ticio y Gayo sean herederos por seis onzas, y Valerio por las otras seis; faltando Ticio, desde luégo tiene lugar la acrecion en beneficio de Gayo, y sólo en el caso de que este mismo llegase tambien á faltar, acreceria todo á Valerio.

La acrecion tiene lugar por fuerza, de pleno derecho, sin cono-

---

(1) Véanse en el Digesto y en el Código los títulos que acaban de citarse.

cimiento de los coherederos, y áun contra su voluntad, áun cuando hubiesen ya muerto ántes del hecho de que resulta la acrecion, segun lo que ya hemos dicho ántes; porque, como dijimos entónces, la parte vacante acrece á la parte cohereditaria, ó por mejor decir, á la persona jurídica del coheredero, y de ningun modo á su persona física.

Esto es lo que distingue principalmente el efecto de la acrecion del de la sustitucion vulgar, segun ya hemos explicado (t. I, página 581). Y esta sustitucion, como ya hemos dicho en el mismo lugar, es un medio de impedir que la acrecion tenga lugar (1).

*De la transmision de las herencias.*

Por regla general, el heredero que muere ántes de haber hecho adicion, ó el poseedor de bienes ántes de haber perdido la posesion de bienes, pierden por dicha muerte todos sus derechos á la sucesion, y nada transmiten á sus herederos (2).

Sin embargo, las constituciones imperiales establecieron algunas excepciones á dicha regla é introdujeron algunos casos particulares, en que el difunto, aunque muriendo ántes de haber hecho adicion ó recibido la posesion de bienes, transmite á sus herederos los derechos que tenía á la sucesion; por manera que éstos pueden aceptar ó repudiar en su lugar. Esto es lo que hoy se llama *transmision* de la herencia.

Así, segun la constitucion de Teodosio y de Valentiniano, si los hijos instituidos herederos por el testamento de un ascendiente ó de una ascendiente cualquiera mueren ántes de abrirse las tablas del testamento, conociendo ó no esta institucion hecha en su favor, transmiten el derecho de herencia que les daba á sus hijos, á sus sucesores, de cualquier sexo ó grado que sean (3).

Segun la constitucion de los mismos príncipes, cuando un niño (es decir, añade esta constitucion, un menor de siete años), á quien se hallaba deferida una herencia cualquiera, muere en la edad de la infancia, ántes que su padre haya por él aceptado dicha herencia, el padre que le sobrevive puede recogerla, como si hu-

(1) Véase sobre esta materia el título particular del Código, lib. 6, tít. 60.
(2) Dig. 37. 1. 4. f. Gay.
(3) Cod. 6. 52. lib. único.

biese sido adquirida en vida de su hijo, y esto será si se trata de un hijo que se halla bajo la patria potestad ó fuera de ella (1).

En fin, hemos visto (t. I, p. 627) que, segun la constitucion de Justiniano, si una persona llamada á una sucesion, y habiendo tenido conocimiento de sus derechos, muriese durante el plazo concedido para deliberar, ó ántes que este plazo se le hubiese fijado, con tal en todos los casos que fuese dentro del año despues de abrirse sus derechos, transmitiria dicha persona á su heredero todo lo que quedase de aquel año, con la facultad de pronunciarse en su lugar para la aceptacion ó repudiacion de la herencia (2). Por esta constitucion se halla bien generalizado el derecho de transmision de herencia.

*De aquellos á quienes se priva de los bienes como indignos.*

En ciertos casos eran privados de los legados, fideicomisos ó herencias, ya testamentarias, ya *ab intestato*, aquellos que á ello eran llamados por el motivo de hacerse indignos de percibirlos.

Por regla general, las herencias y los legados de que eran privados por causa de indignidad, no pasaban á las personas llamadas á recogerlos á falta del indigno, sino que pasaban al fisco con las cargas á los mismos afectas. El heredero indigno era siempre reputado como heredero, aunque fuese privado de sus bienes, y, de tal modo que si se hubiese verificado una confusion de acciones entre él y la herencia, esta confusion conservaba todos sus efectos.

Las causas de indignidad por las cuales las herencias y los legados quedaban confiscados, eran muchas ; las principales son : si el heredero ó el legatario ha dado ó hecho dar la muerte al difunto áun por imprudencia ; si ha descuidado á sabiendas reclamar la venganza del matador del difunto (*necem inutam omisisse*) (3) ; si ha promovido contra él una demanda relativa á su estado ; si lo ha acusado de algun crímen ó suministrado testimonios á su acusador ; si en vida suya y sin su conocimiento ha dispuesto por convencion de su herencia ; si le ha impedido hacer ó variar sus disposiciones testamentarias, y áun otras muchas más.

(1) Cod. Teod. 4. 1. — Cod. Just. 6. 30 18. § 1.
(2) Cod. Just. 6. 30. 19.
(3) La idea de *venganza* entra por una buena parte en el derecho penal de esta época, y en su lenguaje.

Sin embargo, en algunos casos y en ciertas causas particulares, los bienes de que se privaba á los indignos no eran confiscados, sino que pasaban al grado subsecuente (1). — Aun parece acerca de este punto que la ley Papia Poppæa habia extendido sus disposiciones á los bienes arrebatados por causa de indignidad, y que los atribuia por privilegio de paternidad, dando, respecto de ellos, el *jus vindicandi*, como respecto de los *caduca*, y probablemente en el mismo órden (véase t. I, p. 678). En efecto, Ulpiano nos indica acerca de la misma materia, como un medio de adquirir el dominio romano en virtud de la ley (*ex lege*), ya el *caducum*, ya el *ereptorium* (2).

## ACCIONES RELATIVAS Á LAS HERENCIAS ABINTESTATO Y Á LAS POSESIONES DE BIENES.

Hemos ya hablado (t. I, p. 634) de las acciones en peticion de herencia (*hereditatis petitio*) y de peticion (*familiæ erciscundæ*), que eran comunes tanto á las herencias *abintestato* cuanto á las herencias testamentarias.

En cuanto á las posesiones de bienes, daban especialmente derecho al interdicto llamado *quorum bonorum*, á causa de las primeras palabras del edicto, á ellas relativas. Este interdicto se daba contra toda persona que poseyese cosas hereditarias á título de heredero ó de poseedor, á fin de obtener más pronto contra ella la restitucion de la posesion de dichas cosas. Ya sabemos en general lo que es un interdicto (*General. del derecho rom.*, p. 151), y de él tratarémos más detenidamente, lo mismo que del interdicto *quorum bonorum*, en la explicacion del título XV del libro siguiente. — Las posesiones de bienes, fuera de este interdicto que les era propio, daban tambien derecho á la accion en *peticion de herencia*, no civil, sino pretoriana; porque nos dice Ulpiano: « *Ordinarium* »*fuit, post civiles actiones heredibus prepositas, rationem habere* »*prætorem etiam eorum quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum* »*quibus bonorum possessio data est.* » Un título especial del Digesto está dedicado á esta especie de peticion de herencia, bajo el

(1) Véanse sobre toda esta materia los títulos especiales del Dig. 34. 9.; y del Cod. 6. 35. *De his quæ ut indignis auferuntur.*

(2) « *Lege nobis adquiritur velut* caducum *vel* ereptorium *ex lege* Papia Poppæa. » Ulp. Reg. 19. 17.

epígrafe : *De possessoria hereditatis petitione* (1).—En fin, daban derecho tambien á una accion útil de particion de la herencia (*familiæ erciscundæ*).

*Novelas de Justiniano acerca de las sucesiones abintestato.*

Para completar la parte histórica del derecho romano acerca de las sucesiones, darémos aquí el texto de las novelas publicadas acerca de esta materia por Justiniano en 544 y 548. En estas novelas borra el Emperador todos los vestigios del derecho civil que quedaban todavía en la legislacion, tal como acabamos de exponerla, y que se mezclaban con las modificaciones de los pretores, del senado y de los emperadores. El sistema primitivo de la familia civil, tal como lo habia formado la ley de las Doce Tablas, desaparece enteramente, y ocupa su lugar el sistema de la familia natural, tal como existe segun los vínculos de la sangre. De aquí procede un nuevo órden de sucesion, que ha servido de principal base al que existe hoy en el derecho frances.

## NOVELLA CONSTITUTIO CXVIII.

IMPERATOR Justinianus Augustus Petro gloriosissimo præfecto sacrorum prætorium Orientis.

### PRÆFATIO.

Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prelatas invenientes, per quas non juste differentia abintestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necesarium esse perspeximus omnes simul abintestato cognationum successiones per præsentem legem clara compendiosaque divisione disponere : itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cetero ea sola servari, quæ nunc constituimus. Quia igitur omnis generis abintestato sucessio tribus cognoscitur gradibus, hoc est, ascendentium et descendentium, et ex latere (quæ in ag-

(1) Dig. 5. 5.

natos cognatosque dividitur), primam esse disponimus descendentium successionem.

CAPUT I.

Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cujuslibet naturæ aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suæ potestatis, sive sub potestate sit : omnibus ascendentibus ex latere cognatis præponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen ejus filii, cujuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus quæ secundum nostras alias leges patribus non adquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet adquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus : sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur ; tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quæri nolumus, sed cum filiis et filiabus et præmortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminæ sint, et seu masculorum seu feminarum prole descendant, sive suæ potestatis sint constituti. Et hæc quidem de successionibus descendentium disposuimus. Consequens autem esse perpeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendentium successionem vocentur.

CAPUT II.

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquam heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos præpone sancimus : exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi, ascendentium vivunt, hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive

paterni sive materni sint. Si autem eundem habeat gradum, ex æquo inter eos hereditas dividatur : ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint; medietatem vero reliquam, à matre ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabantur ; si autem pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem : nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis jus et secundum propietatem per præsentem dedimus legem : differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminæ sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur; et sive per masculi, sive per feminæ personam copulantur, et sive suæ potestatis sive sub potestate fuerit is cui succedunt. Reliquum est ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere, et in agnatos et cognatos dividitur; ut etiam hac parte disposita undique perfecta lex inveniatur.

## CAPUT III.

Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam eum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis : et quanticumque fuerint, ex hereditate tantam percipient portionem quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte præmortus frater cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebantur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint thii ; et sive masculi sive feminæ), sicut eorum parens præponeretur si viveret. Et ex diverso si quidem superstes frater ex

utroque parente conjungitur defuncto, præmortuus autem per unum parentem jungebatur, hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viverent, ab hereditate excludebatur. Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur thiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes (sicut jam diximus) ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem abintestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto jungebatur. Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu cum iis qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre, præponuntur; si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum.

1. Si vero neque fratres neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus prærogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur : quod in capita nostræ leges appellant.

## CAPUT IV.

Nullam vero volumus esse differentiam, in quacumque successione aut hereditate, inter eos qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas quod ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi sive feminæ personam defuncto, jungebantur : sed in omnibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur : et omnes sine qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum, ad cognatorum successionem abintestato venire præcipimus.

## CAPUT V.

Ex his autem quæ de hereditate diximus et disposuimus, et quæ de tutela sunt, manifesta consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelæ suscipere : nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum jure ; sed omnibus similiter ad tutelam vocandis, quique ex masculorum, quique feminarum prole descendant minori conjuncti. Hæc autem dicimus si masculi et perfectæ ætatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibimet utantur. Mulieribus enim etiam non interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis, secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatus-consulti renuntiant. Hæc enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam præponuntur testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas : defuncti namque voluntatem et electionem præponi volumus. Si autem plurimi eundem cognationis gradum habentes, ad tutelam vocantur, jubemus communiter convenientibus apud judicem cui hujus partis sollicitudo est, unum aut plures, quanti aut gubernationem substantiæ sufficiant, ex ipsis eligi, et denuntiari, et eum vel ope minoris res gubernare : tutelæ periculo omnibus imminente qui ad tutelam vocantur, et substantiis eorum minori ætate tacite subjacentibus pro hujusmodi gubernatione.

## CAPUT VI.

Hæc autem omnia quæ de successionibus generis sancivimus, obtinere in illis volumus qui catholicæ fidei sunt : in hereticis enim jam a nobis positas leges firmas esse præcipimus ; nullan novitatem aut immutationem ex præsenti introducentes lege. Quæ igitur per hanc constitutionem in perpetuum observandam sancivit nostra tranquilitas, in illis volumus obtinere casibus, qui a principiis Julii mensis præsentis sextæ indictionis seu evenerunt seu posthac emerserint. Præcedentes namque casus, qui usque ad

memoratum tempus pertransierunt, secundum veteres leges decidi præcipimus.

### EPILOGUS.

Tua igitur gloria per præsentem legem a nobis disposita, ad omnium cognitionem venire procuret : in hac quidem regia civitate, edictis consuete propositis; in provinciis autem, præceptis dirigendis ad clarissimos præsides earum, ut nulli nostri imperii subjectorum sit ignota nostræ circa eos mansuetudinis providentia : ita tamen ut sine omni dispendio civium aut provincialium in omni loco præsentis legis fiat insinuatio. DAT. VII CAL. AUG. SEPTIMILIARIO IN NOVO PALATIO. D. N. JUSTINIANI PP. AUG. IMPERII EJUS ANNO XVIII ; POST CONSULATUM BASILII. V. C. ANNO III (544).

## NOVELLA CONSTITUTIO CXXVII.

Idem Aug. Basso præfecto prætorium.

### PRÆFATIO.

Nostras leges emendare nos non piget, ubique utilitatem subjectis invenire volentes. Meminimus igitur scripsisse legem per quam jussimus, ut si quis moriatur relinquens fratres et alterius fratris filios præmortui, ad similitudinem fratrum et præmortui fratres filii ad hereditatem vocentur, paternum adingredientes gradum, et illius ferentes portionem. Si vero moriens relinquat ascendentium aliquos et fratres ex utrisque parentibus conjunctos sibi, et filios ex præmortuo fratre : fratres quidem jussimus per ipsam legem cum parentibus vocari, fratris vero filios exclusimus.

### CAPUT I.

Hoc itaque juste corrigentes, sancimus ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres qui possint cum parentibus vocari, et alterius præmortui fratris filios : cum ascendentibus

et fratribus et vocentur etiam præmortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto, et absolute dicimus: Ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere jubemus, et quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hereditatem (hoc jubens ex Cal. Jan. præsentis indictionis undecimæ).

. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

DAT. V. CAL. SEPT. CONSTANTINOP. D. N. JUSTIN. PP. AUG. ANNO XXII, POST CONSULATUM BASILII. V. C. ANNO VII (548).

*De las sucesiones universales, diversas de las que son por herencia.*

Se trata aquí de algunos otros modos de suceder en la universalidad de los bienes de alguna persona, distintos de los que son por derecho de herencia, y áun en muchos casos en vida. Estas sucesiones universales á los bienes de una persona viva son, por lo demas, como vamos á ver, las más singularmente limitadas, y las otras se hallan totalmente derogadas por el derecho de Justiniano.

## TITULUS X.

### DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Est et alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege Duodecim Tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta est.

I. Ecce enim cum paterfamilias *sese in adrogationem dat*, omnes res ejus corporales et incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt *operarum obligationes* (et *jus agnatio-*

## TÍTULO X.

### DE LA ADQUISICION POR ADROGACION.

Hay otro género de sucesion por universalidad, que no ha sido introducido por la ley de las Doce Tablas, ni por el edicto del pretor, sino por aquel derecho que hace admitir el comun consentimiento.

1. En efecto, cuando un jefe de familia *se da en adrogacion*, todos sus bienes corpóreos é incorpóreos, con todos sus créditos, los adquiria en otro tiempo en plena propiedad el adrogante, á excepcion de las cosas que perecen por la disminucion de cabeza, como las *obligaciones de servicios* y *el derecho de agnacion;* respecto del uso y del usufructo,

*nis*). *Usus etenim et usufructus*, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima, eos tolli nostra prohibuit constitutio.

aunque fuesen en otro tiempo de este número, nuestra constitucion ha ordenado que no se extingan ya por la pequeña disminucion de cabeza.

*Sese in adrogationem dat.* El caso de la adrogacion no era el único en el antiguo derecho. Gayo pone aquí en la misma clase el de la mujer que pasa *in manu viri* (*cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit*). En uno y otro caso habia, en provecho del jefe de familia que adquiria el derecho de potestad sobre estas personas, adquisicion universal de todos sus bienes corpóreos é incorpóreos, salvo aquéllos que su mutacion de estado hubiese destruido (1).

*Operarum obligationes.* Hemos explicado (t. I, p. 85) cuál era la naturaleza de estas obligaciones de trabajos, que contraia á veces el liberto hácia su patrono, como premio de su manumision. Eran exclusivamente debidas al patrono, y por consiguiente se extinguian si éste pasaba á poder de otro.

*Jus agnationis.* El derecho de agnacion y las ventajas que habria podido producir en beneficio del que se daba en adrogacion, se extinguia por ésta, pues llevaba consigo disminucion de cabeza.

*Usus etenim et ususfructus.* Se extinguian tambien por la pequeña disminucion de cabeza; tambien Gayo los cuenta en el número de las cosas que no podian pasar al adrogante (2). Ya hemos visto (t. I, p. 400) las variaciones introducidas en esto por Justiniano; ni el uso ni el usufructo perecen ya por la pequeña disminucion de cabeza. Por consiguiente, pasan al adrogante.

II. Nunc autem nos easdem adquisitionem quæ per adrogationem fiebat coarctavimus ad similitudinem naturalium parentium. Nihil etenim aliud *nisi tantummodo ususfructus*, tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familias adquiritur in iis rebus quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. *Mortuo autem filio adrogato*

2. Pero hoy hemos limitado la adquisicion que tenía lugar por adrogacion, en los mismos términos que la de los padres naturales. En efecto, los padres, ora naturales, ora adoptivos, no adquieren ya de las cosas que provienen en los hijos de familia de un orígen extraño, *sino sólo el usufructo*, quedando la propiedad reservada para los hijos. Sin embargo, *si el hijo adrogado muere en la familia adoptiva, la misma*

(1) Gay. Com. 3. §§ 82 y 83.
(2) Ib.

*in adoptiva familia, etiam dominium* ejus ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ quæ ex constitutione nostra patrem in iis quæ adquiri non possunt, antecedunt.

*propiedad* pasa al adrogante, á ménos que no sobreviva alguna de las personas que, segun nuestra constitucion, son preferidas al padre en las cosas no susceptibles de serle adquiridas.

*Nisi tantummodo ususfructus.* Es preciso aplicar aquí todo lo que hemos dicho (t. I, p. 460 y siguiente) relativamente á las adquisiciones que hace el jefe por sus hijos de familia y á los diferentes peculios; porque esto es aplicable al padre adrogante lo mismo que al padre natural. De donde se deduce que el adrogado no lleva al adrogante más que el usufructo de los bienes que tiene en el momento de la adrogacion.

*Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium.* Se trata entónces de la sucesion del hijo adrogado, y es preciso aplicar á ella, relativamente á los derechos del padre adrogante, lo que hemos dicho ántes de los derechos del padre, jefe de la familia, á la sucesion de su hijo, que ha fallecido ántes.

III. Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur; sed nomine filii convenietur. Et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quæ éjus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

3. Por el contrario, el adrogante no está obligado, segun el derecho civil, á pagar las deudas del adrogado, pero puede dirigir su accion contra él en nombre de su hijo. Y si se niega á defenderlo, obtienen los acreedores de nuestros competentes magistrados la autorizacion de poseer los bienes que hubiesen pertenecido al hijo, si éste no se hubiese sometido al poder de otro, comprendiéndose el usufructo, y disponer de ellos, segun las reglas establecidas.

Habia esta diferencia entre los créditos y las deudas del adrogado, que el adrogante se hacía de pleno derecho, por la adrogacion, propietario de los créditos, pudiendo personalmente ejercer las acciones que á ellos correspondiesen, miéntras que no quedaba obligado á las deudas, y no podia dirigirse contra él ninguna accion personalmente por los acreedores. El motivo de esta diferencia es que la adquisicion por adrogacion no era una adquisicion por verdadera sucesion, sino por patria potestad; mas los padres podian adquirir créditos por los hijos que se hallaban en su poder, pero no podian quedar obligados por ellos.

Si el padre adrogante no quedaba personalmente obligado á las deudas del adrogado, éste por su parte, por la pequeña disminu-

cion de cabeza que la adrogacion le hacía experimentar, quedaba personalmente libre, porque se hacía otra persona. Quedaban, sin embargo, para responder de las deudas los bienes que hubiese traido al padre adrogante; en consecuencia, para proporcionar á los acreedores el ejercicio de sus derechos á dichos bienes, se les daba contra el adrogado, ó por mejor decir, contra el adrogante, en nombre de su hijo (*nomine filii convenietur*), una accion útil; y en el caso de no defender al adrogado contra dicha accion, los acreedores eran puestos por el pretor en posesion de los bienes llevados por el hijo, y los hacian vender en la forma establecida para la venta de los bienes del deudor por los acreedores (1).

## TITULUS XI.

### DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR (2).

Accesit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici, libertatum conservandarum causa, audiuntur.

## TÍTULO XI.

### DE AQUEL Á QUIEN SE HACE ADICION DE LOS BIENES EN FAVOR DE LAS MANUMISIONES.

Un nuevo caso de sucesion fué introducido por una constitucion del divino Marco Aurelio; porque si unos esclavos manumitidos por su señor en un testamento, que queda sin adicion de herencia, piden que se les haga adicion de los bienes para conservar las manumisiones. esta demanda será oida.

El género de sucesion universal de que aquí se trata, aunque refiriéndose á una herencia, no tiene lugar por derecho hereditario, sino por adicion (*bona sibi addici*). Hallándose caducada la herencia, porque, siendo onerosa, nadie quiere aceptarla; por una parte los acreedores se harian poner en posesion de los bienes del difunto y los harian vender; y por otra, todas las libertades dejadas en el testamento vendrian por tierra por falta de heredero testamentario que lo aceptase. En esta situacion se aplica el rescripto de Marco Aurelio, cuyo texto nos da el párrafo siguiente. Un cierto Virginio Valente habia muerto, dejando en su testamento la libertad á muchos de sus esclavos; ningun heredero testamentario, ni ningun heredero *abintestato* existia ó queria aceptar; entónces uno de los esclavos manumitidos, llamado Popilio Rufo, so-

(1) Gay. Com. 3. § 84.

(2) Las palabras adjudicacion y adjudicar, empleadas en algunas traducciones, son inexactas; se trata de adicion hecha por el magistrado, y no de adjudicacion hecha por el juez.

licitó que los bienes se le diesen por adicion con la obligacion de pagar á los acreedores y de conservar á los demas esclavos manumitidos la libertad que les habia sido legada. El emperador Marco Aurelio le respondió en los términos siguientes :

I. Et ita divi Marci rescripto ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent : «Si Virginio »Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, »in ea causa bona ejus esse cœperunt ut veniri debeant ; is cujus de »ea re notio est, aditus, rationem »desiderii tui habebit, ut libertatum, »tam earum quæ directo quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia »addicantur tibi *si idonee creditoribus* »*caveris* de solido quod cuique debetur solvendo. Et ii quidem quibus »directa libertas data est, perinde »liberi erunt ac si hereditas adita »esset. Ii autem quos heres manumittere rogatus est, a te libertatem »consequantur : ita ut si non alia »conditione velis bona tibi addici, »quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. »Nam huic etiam voluntati tuæ, *si* »*ii quorum de statu agitur consentiant*, »auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat : si fiscus bona agnoscere »voluerit, et ii qui rebus nostris attendunt, scient commodo pecuniario præferendam libertatis causam, »et ita bona cogenda ut libertas ii »salva sit, qui eam adipisci potuerunt si hereditas ex testamento addita esset.»

1. Tal es la disposicion de un rescripto del divino Marco Aurelio dirigida á Popilio Rufo. Las palabras del expresado rescripto son las siguientes : «Si Virgilio Valente, que »ha dado en su testamento la libertad á ciertos esclavos, no dejando »ningun sucesor *abintestato*, y quedando sus bienes en tal situacion, »que deban ser vendidos, dirige al »magistrado competente la demanda »para que le sea hecha adicion de »estos bienes, con el fin de conservar las manumisiones, tanto las »dejadas directamente cuanto las dejadas por fideicomiso; y este magistrado tendrá consideracion á »ellas, si das tú á los acreedores buena caucion para el pago íntegro de »lo que á cada uno se le debe. Aquellos á quienes directamente se ha dejado la libertad, quedarán libres como si hubiese habido adicion de »herencia, y aquellos por quienes »se rogaba al heredero que los manumitiese, recibirán de tí la libertad; »á ménos que no quieras encargarte de la adicion de los bienes con »ninguna otra condicion, sino la de »haber por tus libertos, áun á aquellos á quienes la libertad se ha dejado directamente. Porque *si aquellos cuyo estado se halla en cuestion* »*aquiescen á esta voluntad tuya*, tambien damos á ello nuestra autorizacion. Y para que el beneficio de »nuestro rescripto no se haga inútil »por ningun otro motivo, si el fisco »quisiese aceptar los bienes, que los »encargados de nuestros dominios »sepan y tengan entendido que el »interes de la libertad es preferible »á una ventaja pecuniaria, y que los »bienes no deben recogerse sino con »la obligacion de conservar la libertad á aquellos que habrian podido »adquirirla si hubiese habido adicion »de herencia en virtud del testamento.

Vemos por este párrafo :

1.° Que el que obtiene la adicion de los bienes debe dar á los acreedores buena caucion de pagarles : *si idonee creditoribus caveris.*

2.° Que se halla, con relacion á los esclavos manumitidos por testamento, en lugar del heredero testamentario : los manumitidos directamente serán *liberti orcini*, y no tendrá sobre ellos los derechos de patronato; los manumitidos por fideicomiso serán sus libertos, y tendrá sobre ellos los derechos de un patrono.

3.° Que puede poner por condicion á la demanda que hace pidiendo la adicion de los bienes, que los esclavos directamente manumitidos no serán libertos *orcini*, sino sus libertos, sometidos á sus derechos de patronato; pero para esto es preciso el consentimiento de los ecclavos de que aquí se trata : *si ii quorum de statu agitur consentiant.*

4.° En fin, que á falta de persona que pida la adicion de los bienes, el fisco, si quiere tomar dichos bienes, se encarga de conservar y llevar á efecto todas las libertades dejadas por el difunto.

Este párrafo y el precedente suponen siempre que uno de los esclavos manumitidos por el difunto pide que se le haga adicion. En efecto, este caso fué el primero que se presentó, y era el más natural, porque este esclavo, por medio de un sacrificio pecuniario para satisfacer á los acreedores, hallaba el modo de conservarse la libertad que le habia sido dejada por su señor, y de obtener los derechos de patronato sobre los demas esclavos manumitidos. Pero vemos en una constitucion del emperador Gordiano que el rescripto de Marco Aurelio debe tambien extenderse al caso en que la demanda de adicion fuese hecha por un extraño (1).

II. Hoc rescripto subventum est et libertatibus, et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cesat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

2. Por este rescripto se ha subvenido, ya á las manumisiones, ya á los difuntos, con el objeto de impedir que los bienes sean poseidos por los acreedores, y vendidos; porque, ciertamente, si se ha hecho esta especie de adicion, no hay ya lugar á la venta de los bienes. En efecto, existe un defensor del difunto, y un defensor idóneo, que asegura á los acreedores la integridad de sus derechos.

Este párrafo nos explica el doble objeto que ha hecho admitir

(1) Cod. 7. 2. 6.

este género de sucesion, á saber : en primer lugar, conservar las manumisiones dejadas por el difunto ; en segundo lugar, evitar á su memoria la afrenta de la venta de los bienes, hecha en su nombre por los acreedores, por efecto de no tener heredero ; venta que, como hemos visto, habria constituido la memoria del difunto en una especie de quiebra vergonzosa. Por lo demas, todos eran desinteresados : ningun heredero podia tener queja, pues no habia ninguno, ni testamentario ni *abintestato ;* los esclavos manumitidos conservaban el beneficio de sus manumisiones, y los acreedores recibian buena caucion de ser íntegramente pagados. El que recibia esta adicion de los bienes hacía más de lo que hubiese hecho cualquiera otro que los hubiese adquirido, siendo comprador en la venta de los bienes verificada por los acreedores. Éste, en efecto, sólo habria tenido que pagar su precio ; la memoria del difunto no habria quedado sin mancilla, las libertades no se hubieran conservado, y los acreedores quizá no habrian sido íntegramente satisfechos. Adicion por adicion, valia, pues, más la primera que la segunda.

III. In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit abintestato hereditas? *favor constitutionis* debebit locum habere. Certe si testatus decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam *nemini dubium* est.

3. Y desde luégo este rescripto es aplicable, si las libertades se han dejado por testamento. ¿Qué decidir, por consiguiente, si alguno que no muriese intestado ha manumitido por codicilo, y el heredero *abintestato* ha quedado sin adicion? á este caso se extenderá *el beneficio de la constitucion.* Ciertamente si ha muerto testado, dejando la libertad por codicilos, *nadie duda* de que sea éste el caso de *la constitucion.*

IV. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor abintestato existat. Ergo quamdiu incertum erit utrum existat at non, cessabit constitutio. Si certum esse cœperit (neminem extare), tunc erit constitutioni locus.

4. La constitucion, segun sus mismos términos, sólo se aplica cuando no existe ningun sucesor *abintestato.* Así, miéntras que sea incierto si lo hay ó no, la constitucion quedará inaplicable. Pero desde el momento que aparezca cierto que no hay ninguno, habrá lugar á aplicarla.

Es evidente que, para que la adicion sea admisible y llene su doble objeto, se necesitan dos condiciones : 1.°, que las libertades hayan sido dejadas por el difunto, ya por testamento, ya por codicilos ; 2.°, que su sucesion se halle sin herederos. Si á falta de herederos testamentarios se hallase algun heredero *abintestato* que

aceptase la herencia, sucediendo este heredero al difunto, la adicion dejaria de tener lugar y el heredero *abintestato* no sufriria la carga de las manumisiones que se extinguirian con el testamento.

*Favor constitutionis* (§ 3). Es una extension favorable á la constitucion de Marco Aurelio, pues no se trata de herencia testamentaria, sino sólo de una herencia *abintestato* grabada con manumisiones por codicilos.

*Nemine dubium est* (§ 3). Porque sólo hay aquí la estricta aplicacion de la constitucion; en efecto, los codicilos se refieren al testamento que existe, y constituyen una parte accesoria de él.

V. Si iis qui integrum restitui potest, *abstinuerit* se hereditate, *quamvis potest in integrum restitui*, potest admitti constitutio et bonorum addictio fieri. Quid ergo si, post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique *non erit dicendum revocari libertates,* quia semel competierunt.

5. Si alguno, capaz de ser restituido íntegramente, se ha *abstenido* de la herencia, se puede, aunque haya *posibilidad de restitucion*, admitir la constitucion y hacer la adicion de los bienes. ¿ Qué decidir, por consiguiente, si despues de la adicion hecha para conservar las manumisiones sobreviene una restitucion *in integrum?* De todos modos *no se podrá pretender que las libertades estén revocadas*, porque una vez dadas, son irrevocables.

*Abstinuerit.* Vemos por esto que la abstencion de un heredero necesario bastaria para que la adicion de que aquí se trata pudiese tener lugar; en efecto, esta abstencion bastaria, como sabemos, para dejar la memoria del difunto expuesta á la ignominia de la venta por los acreedores de los bienes en su propio nombre.

*Quamvis potest in integrum restitui*, siendo menor de veinte y cinco años.

*Non erit dicendum revocari libertates.* Se supone que este heredero, que se ha hecho restituir contra su abstencion ó contra su renunciacion, era heredero *abintestato*. Si por falta de heredero testamentario hubiese aceptado desde luégo, las libertades que sólo gravarian la herencia testamentaria no habrian tenido efecto, y aquél no habria tenido semejante carga. Pero en vista de su abstencion ó de su renuncia, habiendo tenido lugar la adicion, y habiendo sido llevadas á efecto las libertades, no podian ya ser revocadas. Es un perjuicio que debe sufrir.

VI. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates vel mortis causa, et ne de hoc quæratur utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sibi abdici bona: an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiat verba constitutionis.

6. Está constitucion ha sido introducida para mantener las manumisiones: si, pues, no se ha hecho ninguna, deja de ser aplicable. ¿Qué decidir, por consiguiente, si alguno ha dado libertades entre vivos ó por causa de muerte, y los manumitidos, para impedir que se indague si dichas manumisiones han tenido lugar en fraude de los acreedores ó no, solicitan la adicion de los bienes? ¿Esta demanda debe ser admitida? Es preciso decidir que debe serlo, aunque sea fuera de los términos de la constitucion.

Justiniano extiende la constitucion de Marco Aurelio áun á las manumisiones que el difunto hubiese hecho entre vivos ó por causa de muerte, y que fuesen, por consiguiente, independientes de la existencia ó no existencia de todo heredero, pero que los acreedores quisiesen hacer anular como hechas en fraude de sus derechos, segun ya hemos explicado (t. I, p. 72 y siguiente). Uno de estos manumitidos, ó áun un extraño, puede entónces obtener la adicion de los bienes, con la obligacion de satisfacer á los acreedores y conservar las manumisiones.

VII. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum: quas ex ipsa lectione constitutionis potest cognoscere.

7. Pero como hayamos reconocido muchos vicios en esta constitucion, hemos publicado una muy extensa, en la que hemos reunido muchas especies que completan la legislacion sobre este género de sucesion, y de que cada uno puede tomar conocimiento por la misma lectura de la constitucion.

Es la constitucion 15 del título 2, libro 7 del Código de Justiniano.

## TITULUS XII.

### DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM, ET EX S.-C. CLAUDIANO.

## TÍTULO XII.

### DE LAS SUCESIONES SUPRIMIDAS, QUE TENIAN LUGAR POR LA VENTA DE LOS BIENES, Ó EN VIRTUD DEL S.-C. CLAUDIANO.

Erant ante prædictam successionem olim et aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum

Habia en otro tiempo, ántes de la sucesion de que acabamos de hablar, otras sucesiones por universa-

emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat *quando judicia ordinaria in usu fuerunt.* Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt : et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et prout utile eis visum fuerit ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

lidad : de este número era la venta de los bienes, que habia sido introducida para llegar, con numerosas formalidades, á vender los bienes de un deudor, y que tenía lugar *en tiempo en que estaba en uso el procedimiento ordinario.* Pero posteriormente, habiéndose establecido el procedimiento extraordinario, las ventas de bienes cayeron en desuso con las instancias ordinarias; y despues los acreedores sólo obtienen, por oficio del juez, la autorizacion de poseer los bienes y disponer de ellos como crean útil, como se verá más claramente en los libros más extensos del Digesto.

Gayo, y sobre todo Teófilo, en su paráfrasis de nuestro texto, nos dan los más circunstanciados detalles acerca de este género de sucesion universal. La venta de los bienes, nos dice Gayo, podia tener lugar, ya contra los vivos, ya contra los muertos. Contra los vivos, por ejemplo, cuando un deudor, para defraudar á sus acreedores, desaparecia y no tenía ningun defensor; cuando hacía sesion de bienes en virtud de la ley Julia, ó cuando, condenado por sentencia, no habia sido embargado el plazo que le habia sido concedido. Contra los muertos, por ejemplo, cuando era cierto que el difunto no tenía ni heredero, ni poseedor de bienes, ni ningun otro sucesor legal (1).

Los acreedores, despues de haberse reunido en junta, nos dice Teófilo en su paráfrasis, se dirigian al pretor, que los ponia en posesion de los bienes de su deudor, y esta posesion duraba un cierto número de dias : treinta dias contínuos contra los vivos, y quince contra los muertos. Fenecido este plazo, se dirigian de nuevo los acreedores al pretor, quien les autorizaba para nombrar uno de ellos que defendiese su derecho. Este delegado se llamaba *magister*, que era una especie de síndico. Estaba encargado de promover en nombre de los acreedores la venta de los bienes, y principalmente de recibir las proposiciones de los que quisiesen comprar, y que ofreciesen ménos quebranto á los acreedores en sus créditos. Esto hecho, se fijaba en los principales parajes de la ciudad un anuncio concebido en estos término : «Los bienes de

(1) Gay. Com. 3. §§ 77 y 78.

»Fulano de Tal, deudor nuestro, deben ser vendidos; nosotros sus »acreedores prometemos la venta de su patrimonio; el que quiera »comprar que se presente.» Cierto número de dias despues se dirigian por tercera vez al pretor, quien les deba autorizacion para fijar la ley de la venta (*legem bonorum vendundorum*). Entónces se añadia al anuncio que acabamos de citar la ley de la venta, que era ésta, por ejemplo: «El que quiera comprarlos deberá respon- »der á cada acreedor de la mitad de su crédito; de forma que »aquel á quien se deban cien sueldos de oro reciba cincuenta, y »aquel á quien se deban doscientos, reciba ciento.» Despues de pasado cierto plazo determinado desde la publicacion de este último anuncio, era transferido todo el patrimonio del deudor. El que lo compraba se llamaba comprador de bienes (*bonorum emptor*). Las acciones activas y pasivas de aquel cuyos bienes habian sido vendidos, eran transferidas, tanto las que tenía en su favor cuanto las que tenía en contra; y accionaba ó era accionado, no directa, sino útilmente; como sucedia respecto del *poseedor de bienes*, porque uno y otro eran sucesores pretorianos (1).

Esta especie de compra (*bonorum emptio*) constituia, como se ve, una verdadera sucesion universal por parte del comprador de los bienes, que quedaba en lugar del deudor respecto de su patrimonio, derechos y obligaciones, salvo, respecto de estas últimas, la reduccion de todos los créditos en la proporcion que habia concedido la ley de la venta. Mas esta venta cayó en desuso. Segun la constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiniano, conservada en el Código de Justiniano, vemos que los acreedores pueden todavía obtener la posesion de los bienes de su deudor, y que despues de cierto plazo pueden ser autorizados por juez competente para hacerlos vender (2). Pero aquí no se trata ya sino de la venta particular de los bienes; cada comprador se hace simplemente propietario de lo que compra, mediante el precio que da por ellos, y no sucesor á los derechos y obligaciones del deudor.

*Quando judicia ordinaria in usu fuerunt.* Sabemos suficientemente lo que eran las instancias ordinarias (*judicia ordinaria*), y las instancias extraordinarias (*extraordinaria judicia*), bajo el sistema del procedimiento por fórmulas: sabemos tambien cómo cayó

(1) Véase á Teófilo, *hic*; confirmado por Gayo, Com. 3. §§ 77 á 81.
(2) Cod. 7. 72. 9.

en desuso este procedimiento, y cómo llegaron á ser entónces derecho comun las instancias que se llamaban ántes *extraordinarias* (*Generalizacion del der. rom.*, p. 153 y sig.). Justiniano nos dice aquí que el procedimiento de la venta de los bienes (*bonorum emptio*) por título de sucesion universal pretoriana se enlazaba con el procedimiento ordinario; pero que desapareció cuando todas las instancias se hicieron extraordinarias. Este procedimiento era, en efecto, una consecuencia muy reconocida del *imperium* y de la *jurisdictio*, con que el magistrado estaba revestido; una de las operaciones que se practicaban *in jus* ante el magistrado, y no *in judicio* ante el juez. Se concibe, sin conocer precisamente los motivos, que hubiese caido en desuso cuando se confundieron el oficio de magistrado y el de juez. Entónces no fué ya más que una venta particular en vez de ser un género de sucesion pretoriana.

I. Erat et ex senatus-consulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatus-consultum amittebant, et cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus existimantis, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concedimus.

1. Habia todavía, en virtud del senado-consulto Claudiano, una miserable adquisicion por universalidad, cuando una mujer libre, abandonada sin freno á un amor servil, perdia, en virtud de este senado-consulto, su libertad, y con ella su fortuna. Disposicion que no hemos permitido insertar en nuestro Digesto, considerándola como indigna de nuestro siglo, y que merecia ser abolida en nuestros Estados.

Paulo, en sus *Sentencias*, entra en largos detalles sobre el género de sucesion universal, que tenía lugar cuando una mujer ingénua y ciudadana romana ó latina, habiéndose unido á un esclavo, continuaba en dicha union (*contubernium*) contra la voluntad del señor del esclavo, y á pesar de sus amonestaciones (*invito et denuntiante domino*). Con respecto á una liberta que se hubiese unido á un esclavo, variaba la regla, segun que hubiese obrado sin conocimiento ó con conocimiento de su patrono : en el primer caso volvia á la esclavitud de su patrono; en el segundo, á la del propietario del esclavo (1).

Justiniano suprime esta especie de gran disminucion de cabeza, y la sucesion universal que de ella resultaba.

(1) Paul. Sent. 2. 21.—Véase tambien á Gay. Com. 1. §§ 84. 91 y 160.

# RESÚMEN DEL LIBRO TERCERO.

(DESDE EL TIT. I AL XII.)

## HERENCIAS ABINTESTATO.

La herencia *abintestàto* no tenía lugar sino cuando no habia herencia testamentaria, y se abria en el momento en que llegaba á ser cierto que no habia ésta.—Por consiguiente, en este momento, y no en el de la muerte del difunto, es preciso considerar la capacidad, la cualidad y el grado de los herederos, para determinar cuáles son los llamados. Pero es preciso siempre, para que puedan ser llamados, que ya hayan nacido, ó sido al ménos concebidos en vida del difunto.—Por lo demas, se muere *intestado*, ya que no se haya hecho ningun testamento ó ninguno válido, ya que el testamento que haya sido hecho sea roto, inútil, ó no produzca ningun heredero.

La ley de las *Doce Tablas* establecia dos órdenes de herederos: 1.°, los herederos suyos; 2.°, los agnados. En ciertos casos y para ciertas personas habia á veces un tercer órden, cual era el de los gentiles.

### *Herederos suyos.*

Segun la ley de las *Doce Tablas*, son herederos suyos *abintestato* los que á la muerte del difunto se hallasen bajo su potestad sin persona intermedia. Por consiguiente, los emancipados, los hijos dados en adopcion y los descendientes por hembras no eran herederos suyos.

Pero segun el *derecho pretoriano*, fueron llamados en el número de los herederos suyos : los hijos emancipados y los dados en adopcion, en el caso solo de que hubiesen sido segregados de la familia adoptiva en vida de su padre natural.

Una *Constitucion* de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio llamó tambien al número de los herederos suyos á los descendientes de las hijas, en el sentido de que se presentasen á tomar la parte que su madre, fallecida ántes, hubiera tomado, salvo una disminucion de un tercio, si existian otros herederos suyos, y de sólo un cuarto, si no existian agnados.

*Justiniano* confirma el derecho pretoriano respecto de los hijos emancipados ; respecto de los hijos dados en adopcion, quiere que la adopcion no haga perder los derechos de sucesion en la familia natural, salvo el caso en que fuese hecha por un ascendiente ; respecto de los descendientes por hijas, confirma el derecho imperial, en el sentido de que no tendrán más que los dos tercios de la porcion que su madre hubiera tomado, si concurren con otros herederos suyos ; pero si sólo hay agnados, les da la totalidad de la herencia. — En el órden de los herederos suyos, la particion se hace, no por cabezas, sino por estirpes. — Los herederos suyos propiamente dichos se hacen herederos de pleno derecho sin saberlo, y áun contra su voluntad. Pero esto no se aplica á áquellos que, sin ser herederos suyos, son llamados con ellos, ya por el pretor, ya por las constituciones.

### *Agnados y gentiles.*

Despues del órden de los herederos suyos, viene el de los agnados.

Este órden, segun la ley de las *Doce Tablas*, comprende sólo á aquellos que son individuos de la familia, lo mismo á los hombres que á las mujeres ; pero los emancipados dados en adopcion, ó descendientes por hembras, no se comprenden en él, porque se hallan fuera de la familia.

*Una jurisprudencia intermedia* hizo incapaz á las mujeres, en el sentido de que, á excepcion de las hermanas consanguíneas, sus agnados sucedian á ellas, pero no ellas á sus agnados.

El *pretor* no llamó á ningun pariente en el número de los agnados : dejó en este punto al derecho civil en todo su rigor.

Una *Constitucion* de Anastasio llamó sólo á los hermanos y hermanas emancipados, en concurrencia con los hermanos y hermanas agnados, pero con una cierta disminucion.

*Justiniano, — respecto de las mujeres,* deroga la jurisprudencia intermedia, y volviendo á la ley de las *Doce Tablas*, quiere que sucedan á sus agnados; — *respecto de los emancipados*, confirma primero la Constitucion de Anastasio en favor de los hermanos ó hermanas emancipados, y despues los llama sin disminucion, y traslada el mismo beneficio, despues de ellos, al primer grado de sus hijos; — respecto de los parientes *dados en adopcion*, sabemos que la adopcion no hace ya perder los derechos de familia; — en fin, respecto de los *parientes por hembras*, llama á la sucesion fraterna, como si fuesen agnados, á los hermanos y hermanas uterinos, y en su defecto, al primer grado de sus hijos.

Los agnados son llamados segun el órden de los grados; los más próximos excluyen siempre á los más distantes. En este órden no se hace la particion por estirpes, sino por cabezas.

La regla, tanto para el órden de los herederos suyos, cuanto para el de los agnados, era que en estos órdenes no habia devolucion; es decir, que renunciando el primer grado llamado (en los casos en que hubiese lugar á la renuncia), no pasaba la herencia al órden subsecuente, sino que todo el órden caducaba, y se pasaba al órden siguiente. — Justiniano quiere que haya devolucion de grado á grado, y que no se pase á un órden hasta que el anterior se haya agotado.

La sucesion de los gentiles, que era sólo relativa á las familias de puro orígen ingénuo, sobre los bienes de las familias de orígen primitivamente en clientela, ó de libertos que descendian de ellas, habia caido en desuso, por efecto de la confusion de las familias en los últimos años de la república.

### *Los ascendientes, las ascendientes é hijos en la sucesion de la madre y de la abuela.*

Segun la ley de las *Doce Tablas*, no podia nunca haber cuestion de los ascendientes ni de las ascendientes en las sucesiones legítimas. En efecto, respecto de los ascendientes paternos, ó los hijos se hallaban bajo su potestad, y entónces siendo hijos de familia,

no podian haber herencia, ó habian salido de su potestad, y entónces no existia entre ellos ningun vínculo civil. Esta última razon existia siempre respecto de los ascendientes maternos y de las ascendientes.

Posteriormente, la introduccion de los peculios permitió á los hijos de familia tener una herencia testamentaria sobre sus peculios castrenses y cuasi-castrenses. Pero esto no se aplicaba á la herencia *abintestato*. Si morian sin haber testado, morian sin herencia, y el jefe de familia recobraba sus bienes por derecho de peculio.

Algunas *Constituciones imperiales* establecen una especie de sucesion absolutamente excepcional á los bienes que los hijos ó hijas de familia pudieran haber adquirido, ya de su madre, ya, en general, de la línea materna. El órden de esta sucesion era el siguiente: 1.°, los descendientes y las descendientes; 2.°, sus hermanos y hermanas, ya del mismo matrimonio, ya de diverso; y 3.°, su padre ú otros ascendientes, segun su grado.

*Justiniano* extiende este órden sucesivo á los peculios castrenses y cuasi-castrenses dejados *abintestato*. Estos peculios pasarán: 1.°, á los hijos del difunto; 2.°, á sus hermanos y hermanas; en defecto de éstos, el ascendiente, jefe de familia los tomará *jure communi*, es decir, por derecho de peculio.

En fin, si se trata de un hijo emancipado, en otro tiempo el ascendiente emancipador no tenía derechos de sucesion, si no se habia reservado la fiducia: entónces pasaba en calidad de patrono al primer grado de los agnados. Segun Justiniano, la emancipacion se reputa siempre como fiducia; el ascendiente emancipador tiene siempre derechos de sucesion *abintestato*, pero su grado se halla todavía fijado como ántes: primero los hijos del difunto, en seguida los hermanos y hermanas, y despues el ascendiente.

En cuanto á los ascendientes, sólo la madre, pero no la abuela, sucede á sus hijos, legítimos ó no, aunque sean vulgarmente concebidos, conforme al senado-consulto *Tertuliano*, hecho en tiempo de Adriano. Segun el expresado senado-consulto, no les pertenecia este derecho sino en el caso de que hubiesen tenido el número de hijos establecido: tres para los ingénuos y cuatro para los libertos. — Justiniano se lo concede áun cuando sólo tuviesen un hijo. — Modifica tambien su grado de sucesion. Así la madre viene, despues de los hijos del difunto ó de la difunta, en concurrencia, por

una parte viril, con los hermanos y hermanas; pero si no hay más que hermanas, toma ella sola la mitad de la herencia, y las hermanas se distribuyen entre sí la otra mitad.

Por el contrario, los hijos, ya sean habidos de justas nupcias, ya naturales, ó vulgarmente concebidos, suceden á su madre en virtud del senado-consulto *Orfitiano*, hecho en tiempo de Marco Aurelio, que sólo se aplicaba á la sucesion de la madre, pero que posteriormente se extendió á la de la abuela. — Llegan en primer grado en su sucesion *abintestato*, en lugar del órden de los herederos suyos, que las mujeres no podian nunca tener.

### *Cognados.*

Despues del órden de los herederos suyos y el de los agnados, el pretor ha llamado un tercer órden, cual es el de los cognados, y el que llama á todos los parientes, sin tener ninguna consideracion con los vínculos civiles de la familia, sino con los de la cognacion, y segun la proximidad de los grados.

Estos grados se cuentan en tres líneas: en línea ascendente, en línea descendente y en línea colateral.

Los agnados son llamados á la sucesion legítima hasta el infinito; pero los cognados lo son sólo hasta el sexto grado, y en el séptimo los hijos de primos segundos ó primas segundas.

Por lo demas, es preciso observar que los cognados llamados sólo por el pretor, no son herederos propiamente dichos, sino sólo poseedores de bienes.

### *Sucesion de los libertos.*

La sucesion de los libertos se halla de otro modo arreglada que la de los ingénuos.

Segun la ley de las *Doce Tablas*, tenian por herederos en primer órden á los herederos suyos, y en segundo, en lugar de los agnados, al patrono y sus hijos. — Por lo demas, podian por testamento despojar de su herencia tanto á los unos cuanto á los otros.

Pero el pretor dió al patrono, cuando llegaba al grado sucesorio, un derecho á la mitad de la sucesion del liberto, de cuya mi-

tad no podia privársele, ni por la adopcion que éste hubiese hecho de un hijo, ni por testamento.

Despues la ley PAPIA llamó al patrono en concurrencia con los propios hijos herederos suyos del liberto, por una parte viril, en el caso en que dicho liberto tuviese más de seis mil sextercios y ménos de tres hijos.

*Justiniano*, respecto de la sucesion *abintestato*, vuelve á la ley de las *Doce Tablas;* el patrono no se presentará nunca sino en defecto de heredero suyo, ó de hijos llamados en el número de los herederos suyos. — En cuanto á la sucesion testamentaria, el liberto, si tiene ménos de cien sueldos de oro, podrá disponer libremente de sus bienes, y no dejar nada á su patrono; si tiene más de esta suma, hallándose el patrono en órden sucesorio, tendrá un derecho irrevocable á un tercio, sin ninguna carga de legados ni fideicomisos. — Por lo demas, Justiniano arregla el órden de sucesion para los libertos casi del mismo modo que para los ingénuos: en primer órden los herederos suyos ó las personas llamadas en la clase de herederos suyos; en segundo órden, y en lugar de los agnados, al patrono y sus descendientes; en tercer órden, en lugar de los cognados, á los cognados de la línea colateral del patrono, hasta el quinto grado únicamente.

El patrono, segun el senado-consulto hecho en tiempo de Claudio, puede asignar su liberto á aquel ó á aquellos que tenga por conveniente de los hijos sometidos á su potestad, y entónces el derecho de sucesion á los bienes del liberto pertenece exclusivamente á los hijos á quienes se haya hecho la asignacion, y á su posteridad.

### *Posesiones de los bienes.*

El derecho de posesion de los bienes es una especie de derecho hereditario pretoriano, introducido por el pretor para auxiliar, suplir ó corregir al derecho civil. — Los que son herederos segun el derecho civil, son tambien llamados frecuentemente por el pretor á la posesion de los bienes, y en ella encuentran la ventaja de que pueden usar del interdicto que da este derecho pretoriano para hacerse poner en posesion de las cosas hereditarias. — En cuanto á los que sólo son poseedores de bienes segun el derecho pretoriano, no son, propiamente hablando, herederos; pero ocupan el lugar de ellos, y tienen los mismos beneficios bajo otro nombre.

Las posesiones de bienes, lo mismo que las herencias, son ó testamentarias ó *abintestato*.

Hay dos posesiones de bienes testamentarias :—la primera CONTRA TABULAS, para hacerse dar la posesion de los bienes hereditarios, á pesar de las disposiciones del testamento ; — la segunda, que sólo viene en defecto de la otra, SECUNDUM TABULAS, para obtener la posesion conforme á las tablas del testamento.

Las posesiones de bienes *abintestato*, á las cuales no se pasa sino en defecto de las anteriores, son, para la sucesion de los ingénuos, las siguientes :—1.°, UNDE LIBERI, para los hijos ; 2.°, UNDE LEGITIMI, para todos aquellos que son llamados á la sucesion legítima por una ley, un senado-consulto, una constitucion ó cualquiera otra disposicion legislativa ;—3.°, UNDE COGNATI, para los cognados ;—4.°, UNDE VIR ET UXOR, para esposo ó esposa.—Lo que no impide que los herederos suyos, si han dejado pasar la posesion de bienes *unde liberi*, que les es propia, puedan presentarse por la *unde legitimi;* y tambien, en defecto de ésta, por la tercera *unde cognati;* lo mismo respecto de los agnados y demas herederos legítimos.

En cuanto á la sucesion de los libertos, las posesiones de bienes eran, fuera de las *unde liberi* para los descendientes, y *unde legitimi* para el patrono y los hijos que tuviese bajo su potestad, las siguientes : — UNDE DECEM PERSONÆ, para llamar, en el caso particular de un ingénuo emancipado por medio de una mancipacion por un extraño que lo hubiese emancipado, diez personas de su cognacion natural, con preferencia al manumisor extraño, que segun el derecho estricto, hubiera tenido los derechos hereditarios de patronato ; — TUM QUEM EX FAMILIA, para el más próximo individuo de la familia civil del patrono ; — UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM, para los hijos del patrono ó de la patrona, sin distinguir si se hallaban ó no bajo su potestad, y para sus ascendientes ; — UNDE COGNATI MANUMISSORIS, para los cognados del patrono ; lo que no impedia que el patrono ó sus hijos pudiesen presentarse, en defecto de su posesion *unde legitimi*, por la *tum quem ex familia;* en defecto de ésta, por la tercera *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* ; y en fin, todavía en defecto de ésta por la cuarta *unde cognati manumissoris*.

Justiniano suprime todas estas posesiones de bienes relativas á

la sucesion de los libertos ; estando arregladas estas sucesiones de una manera semejante á las de los ingénuos, haciéndoles aplicables las cuatro anteriores posesiones de bienes.

En fin, la última posesion de bienes, UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS, se prometia á aquellos á quienes una disposicion legislativa deferia especialmente la posesion de bienes.

Las posesiones de bienes deben ser aceptadas en un cierto plazo, que se fija en un año para los descendientes y ascendientes, y en cien dias para los demas. — Fenecido este plazo, hay devolucion en el grado subsecuente, y en defecto de éste, á la posesion de bienes siguiente.—Se puede tambien repudiar.— En otro tiempo era preciso pedirlas formalmente al magistrado del pueblo romano : en tiempo de Justiniano no habia obligacion de presentarse ante ningun magistrado ; bastaba manifestar de un modo cualquiera, en el plazo establecido, la intencion de aceptar.

La posesion de bienes se da ó con la cosa (*cum re*), cuando el que la recibe retiene efectivamente los bienes, ó sin la cosa (*sine re*), cuando otro, segun el derecho civil, puede despojarlo de la herencia : entónces es puramente nominal é ilusoria.

Existen tambien algunas posesiones excepcionales, como la posesion VENTRIS NOMINE, y la del edicto Carboniano (EX CARBONIANO).

*Presentacion.— Acrecion entre coherederos.— Transmision de la herencia.— Indignidad.*

Los descendientes, en ciertos casos, al venir á la sucesion de sus ascendientes, se hallan sometidos á la presentacion de ciertos bienes que han recibido. Esta presentacion ó exhibicion, que se llama *collatio bonorum*, introducida por los pretores, ha sido sucesivamente extendida por constituciones imperiales ; y en fin, por Justiniano.

Si alguno de los herederos llega á faltar, la parte que hubiera percibido pasa á sus coherederos. Esto es lo que se llama el derecho de acrecion, que tiene lugar de pleno derecho, sin noticia y contra la voluntad de los coherederos, en las sucesiones tanto testamentarias cuanto *abintestato*, y en las posesiones de bienes.

Por regla general, el heredero ó el poseedor de bienes que mueren ántes de haber aceptado la herencia ó la posesion de bienes,

no transmiten á sus herederos el derecho que á ella tenian. Sin embargo, esta transmision se halla introducida en ciertos casos por algunas constituciones imperiales, y principalmente por Justiniano, cuando el heredero ha muerto en el año de la apertura de sus derechos, ántes de espirar el plazo concedido para deliberar.

En ciertos casos se priva de los legados, fideicomisos y herencias por causas de indignidad, á los llamados á ellos. Por regla general estos bienes pasaban al fisco; sin embargo, existen ciertas causas particulares de indignidad, por las cuales no se confiscan los bienes, sino que pasan al grado subsecuente.

### *Acciones relativas á las herencias* abintestato *y á las posesiones de bienes.*

La peticion de herencia (*hereditatis petitio*), y la accion de particion (*familiæ erciscundæ*), se aplican á las sucesiones *abintestato*, lo mismo que á las sucesiones testamentarias.— Las posesiones de bienes dan tambien derecho á dos acciones útiles, y ademas á un interdicto que les es propio, llamado interdicto *quorum bonorum*, para hacerse poner más pronto en posesion de las cosas hereditarias que otro posee á título de heredero ó de poseedor.

### SUCESIONES UNIVERSALES DE OTRO MODO QUE POR HERENCIA.

Existian algunos modos de suceder en la universalidad de los bienes de una persona, de otro modo que por herencia, y áun en muchos casos en vida. Estos diversos géneros de sucesiones fueron, ó considerablemente limitados, ó totalmente derogados por Justiniano.

De este número eran:

1.° La adquisicion por adrogacion, ó para generalizar más, la adquisicion universal, que se verificaba cuando un padre de familia, adquiriendo una persona *sui juris* bajo su potestad (ya paterna, ya marital), adquiria al mismo tiempo y por este solo hecho todos los bienes de dicha persona, á excepcion de aquellos que la mutacion de estado habia destruido. Bajo el imperio de Justiniano no pudo ya esto recibir aplicacion sino en el caso de adroga-

cion; y áun por las Instituciones de este Emperador no adquiere ya el adrogante sino el usufructo, y no la propiedad de los bienes del adrogado.

2.° La adicion hecha á fin de mantener las manumisiones, adicion introducida por un rescripto de Marco Aurelio para el caso de herencia testamentaria abandonada por los instituidos, y extendida por gracia al caso de herencia *abintestato* con manumision por codicilos. Justiniano por una constitucion especial arregla en sus pormenores este género de adicion, y áun la extiende por analogía al caso de manumision entre vivos ó por causa de muerte.

3.° La *bonorum emptio*, que tenía lugar en tiempo del procedimiento ordinario, cuando los acreedores reclamaban la venta en masa y por universalidad de los bienes y derechos de su deudor, y que constituia en beneficio del comprador una especie de sucesion universal pretoriana : esta venta por universalidad cayó en desuso con el procedimiento ordinario, y no quedó ya más que la venta particular de los bienes del deudor.

4.° La sucesion segun el senado-consulto Claudiano, cuando una mujer ingénua, por haberse unido á un esclavo y por haber perseverado en esta union á pesar de la repugnancia del señor del esclavo, eran abandonados á este señor en propiedad ella y sus bienes. Justiniano derogó estas disposiciones.

## TITULUS XIII.

### DE OBLIGATIONIBUS.

## TÍTULO XIII.

### DE LAS OBLIGACIONES.

Despues de haber tratado de los *derechos reales*, principalmente de la propiedad y de sus diversas ramificaciones; despues de los diferentes medios de adquirir, ya particulares, ya por universalidad, pasamos á los derechos que se acostumbra designar con la calificacion de *derechos personales*. Acerca de este punto nos son ya conocidas las nociones generales (*Generalizacion del derecho romano*, p. 82 y siguiente); ahora se trata de llegar á los detalles.

El derecho romano, en esta materia como en todas, ha tenido orígenes rudos y exclusivos, no haciendo el menor aprecio de las relaciones y principios de equidad natural, sino sólo del derecho civil de los Quirites y de sus formas simbólicas. Con el tiempo y por medio de modificaciones sucesivas é ingeniosas, se le han ido introduciendo las nociones filosóficas y del derecho de gentes. El mismo lenguaje ha seguido estas trasformaciones.

### *Idea de la obligacion.*

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est *juris vinculum*, quo necessitate adstringitur *alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.*

Ahora pasemos á las obligaciones. La obligacion es un *vínculo de derecho* formado segun nuestro derecho civil, y que nos obliga á pagar alguna cosa.

La definicion del derecho personal, y el lenguaje jurídico que á él se refiere casi en todas sus palabras, están tomados, segun ya hemos observado, de la misma figura. Se trata siempre de una ligadura, de un vínculo (*juris vinculum*), que sujeta una persona á otra (véase *Generalizacion del derecho romano*, p. 82).

La palabra *obligacion* no es un término del antiguo derecho de los Quirites, no se la encuentra en ningun fragmento de las Doce Tablas ni en ningun vestigio del lenguaje jurídico de aquellos tiempos: pertenece á una época posterior. La expresion antigua parece haber sido *nexum* ó *nexus* (de *nectere*, anudar): la figura es siempre la misma. Sin embargo, *nexum* no tiene el mismo valor que *obligatio;* su acepcion en un sentido es más limitada, y en otro más extensa. Vamos en breve á explicarlo.

*Sujetos y objetos de la obligacion.*

Los elementos constituidos del derecho personal nos son conocidos.

Aquí hallamos indispensablemente, como sujetos del derecho, dos personas: la una, sujeto activo, y se llama *creditor*, acreedor (1); la otra, sujeto pasivo, se llama *debitor*, deudor. El deudor se halla ligado y enlazado con el acreedor en una especie de dependencia para la ejecucion del derecho en que es pasivo. La palabra *creditor* (de *credere*, creer, confiar) indica por su etimología un acto de confianza por parte del acreedor, pues en vez de exigir su inmediata y efectiva satisfaccion, se ha fiado hasta cierto punto del deudor para la ejecucion de la obligacion. Esta palabra se ha extendido, pues, fuera de sus límites etimológicos cuando se ha hecho de ella un término general aplicado á todos los casos de obligacion, áun á aquellos en los cuales por nada ha entrado la voluntad del acreedor. Por lo demas, las palabras *creditor* y *debitor* no pertenecen más al lenguaje antiguo del derecho romano, que el de *obligatio*. La palabra antigua que se halla en las Doce Tablas es la de *rei*, que designa á un tiempo á las dos partes y que se aplica más especialmente al deudor (*reus*).

El objeto de la obligacion termina siempre en definitiva en una cosa que se trata de suministrar (*alicujus solvendæ rei*, nos dice el texto), tomando la palabra *cosa* en su más ámplia acepcion jurídica, es decir, por todo lo que puede proporcionar utilidad ó ventaja al hombre. Sin embargo, si se analizan más detenidamente los elementos de la obligacion, se verá que el objeto directo é inmediato del derecho no es la misma cosa que se trata de dar, de hacer ó de suministrar, sino la accion de dar, de hacer ó de suministrar, á que el deudor puede ser obligado, la prestacion á que está ligado ó comprometido. Así se dice: la obligacion de dar, de hacer ó de suministrar (*dandi, faciendi, præstandi*), está obligado á dar, á hacer, á suministrar (*ad dandum, ad faciendum, ad prestandum*). Esto es lo que el jurisconsulto Paulo expresa

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 10. f. Ulp.—11. f. Gay.—12. 1. *De rebus cred.* 1. f. Ulp., y 2. § 5. f. Paul.

en estos términos: «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum*» (1); indicando igualmente por esto que la obligacion no produce ningun derecho directo del acreedor á la cosa (que llamamos *derecho real*), que permita á éste disponer ó sacar partido en alguna manera de la cosa, sino sólo un derecho contra el deudor, para obligarle á suministrar la cosa.—*Dare, facere, præstare:* la reunion de estas tres palabras es solemne en las fórmulas y en los textos de las leyes romanas para abrazar en toda su generalidad el objeto que pueden tener las obligaciones (2). *Dare*, en su acepcion propia, se refiere á la traslacion de la propiedad romana (3); la palabra indica que el deudor está obligado á transferir la cosa en propiedad. *Præstare*, por el contrario, se usa en los casos en que sólo se trata de prestar ó suministrar la cosa para poder usar de ella ó de disfrutar más ó ménos de la misma, como sucede en el caso de arrendamiento (4); pero, á decir verdad, la palabra *præstare* es de la mayor generalidad y se aplica á toda especie de ventaja que se trate de proporcionar, ó para castellanizar la palabra, á toda especie de *prestacion.*

### *Diversas especies de obligacion.*

El jurisconsulto romano no define la obligacion sino conforme al derecho civil, al derecho de la ciudad (*secundum nostræ civitatis jura*). En efecto, este vínculo jurídico que liga una persona con otra, considerado, no en el punto de vista de la pura razon, sino como que pone efectivamente á la disposicion de la una medios coercitivos, y en caso necesario la fuerza pública para obligar á la otra á cumplir ó á pagar, dicho vínculo recibe su eficacia positiva del derecho civil, que lo establece ó lo reconoce, y que para llevarlo á efecto hasta se vale del poder de la ciudad.—El

(1) Dig. 44. 7. pr. f. Paul.

(2) Las encontramos en Gayo como fórmula de la accion *in personam:* «In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus: *Dare, facere, præstare* oportere.» (Gay. Com. 4. § 2.)—Paulo nos las muestra en los textos de la ley JULIA PAPPIA. (Dig. 38. 1. 37. pr. f. Paul.);—Ulpiano en las fórmulas de estipulacion. (Dig. 19. 1. 13. § 6. f. Ulp., etc., etc.

(3) Dig. 45. 1. 75. § 10. f. Ulp.; 103. f. Modest.—50. 17. 167. f. Paul.—18. 1. 25. § 1. f. Ulp.

(4) Dig. 19. 1. 11. § 2. f. Ulp.—19. 2. 15. §§ 1 y 2. f. Ulp.; y 19. § 2. f. Ulp.

derecho romano ha seguido aquí su carácter exclusivo. Al principio no ha tenido más obligaciones que las establecidas segun las formas, ó en los casos especialmente reconocidos por el estricto derecho civil; fuera de esto no habia vínculo jurídico, ninguna obligacion, ningun efecto de derecho.—Con el tiempo, templando la jurisdiccion pretoriana, en esta parte como en otras, el rigor primitivo, reconoció otros modos ú otros casos de obligaciones, y suministró medios pretorianos de llevarlos á efecto. El mismo legislador sancionó despues é hizo ineficaces casos que se hallaban absolutamente fuera del puro derecho civil.—En fin, las obligaciones reconocidas por el derecho de gentes ó por la simple razon filosófica no han carecido de resultado: bajo el nombre de obligaciones naturales la jurisprudencia las ha reconocido y les ha atribuido, si no la fuerza de las demas obligaciones, al ménos efectos importantes en las relaciones jurídicas: «*Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*», dice Paulo en un fragmento inserto entre los axiomas del derecho (1). —De donde procede en el derecho romano la triple division de las obligaciones: obligaciones civiles (*civiles obligationes*), pretorianas ú honorarias (*pretoriæ vel honorariæ obligationes*), y naturales (*naturales obligationes*) (2).

I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut *legibus* constitutæ aut certo *jure civili comprobatæ* sunt. Prætoriæ sunt, quas pretor *ex sua jurisdictione constituit*, quæ etiam honorariæ vocantur.

1. Todas las obligaciones se reducen á una division principal de dos clases, y son, ó civiles ó pretorianas. Civiles, las que han sido ó establecidas por las leyes ó reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdiccion: estas últimas se llaman tambien honorarias.

*Aut legibus constitutæ.* Esto parece hacer alusion á las obligaciones expresamente constituidas por las leyes civiles, debiendo estrictamete su existencia al derecho civil de los romanos, sin consideracion al derecho de gentes ni á la equidad natural.

*Aut certo jure civile comprobatæ.* Aquí se trata de las obligaciones que sólo pertenecian al principio al derecho de gentes, pero

(1) Dig. 50. 17. 84 § 1. f. Paul.

(2) Hallamos esta division bien marcada en un fragmento de Ulpiano, que dice, hablando de la novacion: «*Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria.*» (Dig. 46. 2. 1. § 1.)—Se halla igualmente en un fragmento de Marciano, en que hab'a de la hipoteca: «*Et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.*» (Dig. 20. 1. 5. pr.)

que posteriormente, admitidas y confirmadas por el derecho civil, pasaron á este derecho y formaron parte de él. Las nociones históricas que vamos á exponer nos ilustrarán en breve esta materia.

### *Efectos de la obligacion.*

El efecto principal y propio de la obligacion consiste en la necesidad que tiene el deudor de cumplir ó pagar, es decir, de hacer la prestacion á que se ha obligado. Si falta á ello, tiene el acreedor una accion para obligarle.

Así, toda obligacion civil, es decir, existente segun el derecho civil, produce una accion de derecho civil. De donde ha procedido el uso entre los jurisconsultos romanos de hacer que caminen juntas las dos palabras *obligatio* y *actio*, como dos ideas correlativas, de las cuales la una supone la otra, y que pueden, en cierto modo, emplearse como sinónimas, si se toma la causa por el efecto. *De obligationibus et actionibus*, se encabezan los títulos del Digesto y del Código destinados á esta materia (1).

Las obligaciones pretorianas ú honorarias, introducidas por la jurisdiccion del pretor, producen tambien una accion, pero una accion pretoriana, ya de las acciones útiles, es decir, de las acciones civiles ya existentes, extendidas por causa de utilidad y por analogía á casos en que rigurosamente y segun el derecho civil no serian aplicables, ya de las acciones pretorianas especiales (2).

En fin, las obligaciones naturales, que se deducen del derecho de gentes y de la razon filosófica, sin que el derecho civil ni el pretoriano las haya confirmado, no producen ninguna accion, ni civil ni pretoriana. Pero la jurisprudencia les ha reconocido otros efectos. Así, una vez cumplida la obligacion natural, lo que ha sido pagado no puede ya reclamarse como no debido y pagado por error (3). Se puede hacer valer la obligacion natural por medio

(1) Dig. 44. 7. — Cod. 4. 10. — Lo que sin embargo no debe hacer perder de vista que los derechos reales se defienden y reclaman tambien por medio de acciones. Pero verémos que en toda accion, y áun en las acciones reales, hay en verdad, y analizándolas con sutileza, obligacion, vínculo jurídico de una persona con otra.

(2) Dig. 13. 5. 1. § 8. f Ulp. — Dig. 50. 16. 10. f. Ulp.

(3) Dig. 12. 6. 19. pr. f. Pomp. «*Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.*» — Ib. 64. f. Trifon. «*Repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum.*» Véase tambien Dig. 14. 6. 9. §§ 4 y 5. f. Ulp.; y 10. f. Paul. — Dig. 44. 7. 10. f. Paul. «*Naturales obligationes non eo solò æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit; verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*» Véase tambien Dig. 46. 1. 16. § 4. f. Julian.

de las excepciones, si llega la ocasion (1); así se la puede hacer entrar en compensacion (2). En fin, la obligacion natural puede ser objeto de una novacion (3), y servir de base á contratos accesorios, que suponen una obligacion preexistente, tales como la *fidejusion*, la constitucion de la prenda ó hipoteca (4).

### *Orígenes ó causas de las obligaciones en general.*

Pero ¿cómo puede suceder que una persona se encuentre ligada y obligada hácia otra? En otros términos, ¿cuáles pueden ser las causas de las obligaciones entre particulares? Examinarémos la cuestion primero filosóficamente, y en seguida en su parte histórica, segun el derecho romano.

Filosóficamente sabemos que todo derecho es producido por un hecho ( *General. del derecho rom.*, p. 88) ; lo mismo sucede con la obligacion; no hay una obligacion que no proceda de un hecho. ¿Cuáles son, pues, los hechos que pueden producir este resultado? — Aquí pueden presentarse, ya el consentimiento recíproco de las partes, ya hechos independientes de su consentimiento, ocurridos por la voluntad de una de ellas solamente, ó sin la voluntad de una ni de otra.

En cuanto al consentimiento, es la conformidad de las dos partes; no tiene en su objeto ni en sus motivos nada que sea contrario á la moral ó al órden público, ni nada que sea físicamente imposible; si el consentimiento se da con suficiente capacidad, exento de error, de dolo y de violencia, desde el momento en que las partes han consentido en que una de ellas quedase ligada y obligada con la otra, la razon natural nos dicta que puede haber en esto un hecho generador de obligacion.

Independientemente del consentimiento recíproco : — Si una persona ha causado perjuicio á otra, ya voluntariamente y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado á sabiendas, nos dice que hay aquí un hecho productor de

---

(1) Dig. 2. 14. 7. § 4. f. Ulp. : « *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* »
(2) « *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* » (Dig. 16. 2. 6. f. Ulp.)
(3) Dig. 46. 2. 1. § 1. f. Ulp.
(4) Dig. 46. 1. 16. § 3. f. Julian. « *Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.* » — Dig. 20. 1. 5. pr. f. Marcian., y 14. § 1. f. Ulp.

obligacion. Sí una persona se encuentra que tiene, por una circunstancia cualquiera, lo que pertenece á otra; si aparece enriquecida, de un modo cualquiera, en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de razon natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligacion de restituir aquello con que de este modo se haya enriquecido cualquiera, nos dice tambien que hay en esto un hecho causador de obligacion.

Así, por un lado el consentimiento de las partes, y por otro los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que se hallen enteramente fuera de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguna, nos ofrecen innumerables y diariamente repetidas causas de obligacion, que todas ellas se colocan, sin embargo, bajo los principios comunes de la razon natural. — Añádanse á esto, en la constitucion de la familia ó de la sociedad, destino necesario y esencial del hombre, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de una con respecto á otra; por ejemplo, produciendo el hecho de la generacion obligaciones mutuas entre el padre y la madre, por una parte, y los hijos por otra, por el motivo de que los unos han dado la existencia y los otros la han recibido, teneis otra fuente de obligaciones segun los principios de la pura razon filosófica.

En lo que concierne á las fuentes de las obligaciones, vamos á descubrir nuevamente en nuestras observaciones históricas toda la primitiva rudeza del derecho civil de los romanos, y despues su modificacion sucesiva por el progreso de la civilizacion y por la intervencion, cada vez mayor, del derecho de gentes. — Desde luégo el vínculo jurídico que liga una persona con otra, que obtiene en caso necesario el concurso de la fuerza pública para su efecto, no se rige en nada por la equidad natural; depende exclusivamente del estricto derecho civil: ó está uno obligado segun el derecho civil, ó no lo está absolutamente; y cuando lo está uno civilmente, poco importa que la equidad natural lo apruebe ó lo condene. — Por lo demas, los casos en que el derecho civil crea ó reconoce este vínculo jurídico se hallan rigurosamente precisados, y son poco numerosos.

Respecto de aquellos en los cuales entra la mutua voluntad de

las partes, el solo consentimiento es por sí mismo impotente: se necesita una naturaleza y una forma ménos espiritualizadas, una expresion más ruda y más sensible, una envoltura más material (véase *General. del derecho rom.*, p. 89). La obligacion no se contrae voluntariamente entre partes sino por la pieza de metal y el peso (*per æs et libram*), con las palabras solemnes que uno se propone. Así la misma solemnidad simbólica que sirve para transferir el dominio romano (véase *General. del derecho rom.*, p. 115 y 127) sirve tambien para crear la obligacion del derecho civil, y este acto toma el nombre genérico de *nexum*. «*Nexum* (nos dice Varron, segun el jurisconsulto Mucio Scevola), *nexum Mucius Scævola scribit quæ per æs et libram fiant, ut obligentur, præterquam quæ mancipio dentur*» (1). — «*Nexum* (nos dice Festo, segun otro jurisconsulto), *nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt hæc: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio*» (2). — «*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» (3), dicen los fragmentos de las Doce Tablas. Así la solemnidad se compone de dos partes: de la venta ficticia *per æs et libram*, y de las palabras solemnes ó *nuncupatio*, que forman la ley de los contratantes. — Pero ¿cómo explicar esta intervencion de la pieza de metal y del peso, cuando se trata, no de enajenar ó de empeñar una cosa, sino sólo de formar una obligacion? Todo induce á creer que en los primitivos tiempos no se habian reconocido otras obligaciones formadas voluntariamente entre las partes que las que eran la consecuencia y como el precio *de la dacion* de una cosa realizada segun el derecho de los romanos (*re obligatio*); que las que se hallaban formuladas como ley de semejante dacion (*legem mancipii dicere*) (4). El peso y la barra de metal dada en préstamo, que pudieron intervenir formalmente en el principio para pesar el metal y verificar la dacion romana de que la obligacion era el precio, han sido tambien empleados de un modo puramente simbólico, con el solo objeto de contraer una obligacion, de

---

(1) VARRO, *De lingua latina*, lib. VI, § 5.

(2) FESTO, á la palabra *Nexum*; — CICERON. *Pro Mur.*, 2. — Véase tambien á Gay. Com. 3. § 173; y vestigios de la expresion, en el Digesto, 42. 4. 1. § 4. f. Ulp. — 49. 14. 22. § 1. f. Marcian, etc., etc.

(3) FESTO, á la palabra *Nuncupata*.

(4) CICERO. *Topic.* 10. — *De offic.* III. 6. — Véase tambien un vestigio de esta expresion *legem mancipii dicere* en el Digesto, 50. 17. 73. f. Quint. Muc. Scevol.

la misma manera que lo eran de un modo ficticio en tantos otros casos.

Con el tiempo se desembarazaron de la necesidad de hacer figurar la *æs et libra* en los casos en que no habia realmente que hacer ninguna enajenacion ó empeño de cosas: se tuvo por verificada la solemnidad simbólica *per æs et libram*, quitando sólo la *nuncupatio*, es decir, las palabras solemnes; se reputa el metal por pesado y dado, y se obliga uno por las palabras solemnes, como si lo hubiese sido en efecto. Así se llega á las obligaciones contraidas por palabras y por medio de fórmulas solemnes (*verbis obligatio*). Es la primera derivacion del *nexum;* y de esta manera pasaron las cosas igualmente que en el testamento *per æs et libram* (véase t. I, ps. 510 y siguiente).

En seguida, cuando se hubieron introducido y fundado los medios gráficos, cuando llegó á ser de uso que cada ciudadano tuviese su registro doméstico (*codex accepti et depensi*), entra este registro en el derecho civil de los romanos, se declara por inscripcion el dicho registro, en ciertos términos, que se tenía el dinero por pesado y dado, y entónces se tenía por verificada la solemnidad *per æs et libram*; y esta inscripcion constituia, no sólo un medio de prueba, sino tambien una solemnidad, una forma civil de obligacion. Así se llega á las obligaciones contraidas por escrito (*literarum obligatio*).— Ésta es la segunda derivacion del *nexum*.

En fin, el derecho civil da entrada al derecho de gentes; confirma y admite, como capaces de ser formadas y de ser obligatorias por el solo consentimiento de las partes, cuatro especies de convenciones, que son de un uso frecuente en la vida, ó cuyas consecuencias son generalmente conocidas y se arreglan por la equidad y por la buena fe naturales: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, que no son, como los precedentes modos de obligacion, exclusivamente propios de los ciudadanos romanos, sino que pueden tener tambien lugar respecto de los extranjeros (*consensu obligatio*).

Estos diversos casos de obligaciones formadas por efecto de la voluntad respectiva de las partes, y reconocidas por el antiguo derecho civil, constituyen lo que se llama contratos (*contractus*).

Tal es la gradacion que sigue en esta materia la marcha del derecho romano, y cuya gradacion es enteramente conforme á la marcha misma de la civilizacion: — 1.°, el *Nexum*, ó solemnidad,

*per æs et libram*, dinero pesado y dado á préstamo, enajenacion real ó ficticia de la cosa, segun el derecho de los Quirites, con la ley de esta enajenacion, es decir, el símbolo material, la reunion de la pantomima y de las fórmulas solemnes ;—2.°, las fórmulas solemnes solamente;—3.°, la escritura revestida de un carácter civil, en un registro especial y, por decirlo así, consagrado ;— 4.°, en fin, el simple consentimiento, tanto respecto de los ciudadanos, cuanto respecto de los extranjeros, pero sólo en cuatro casos.— Con esta última observacion, que para las obligaciones que son la consecuencia de la enajenacion y del empeño realizados de una cosa, la necesidad de la *mancipatio* desapareció con el tiempo, y fué reemplazada por la simple *traditio*.— Aquí llega el derecho civil, despues el derecho pretoriano, y en seguida el legislador posterior y las constituciones imperiales, que dan efecto y fuerza obligatoria á algunas otras convenciones particulares, las cuales, sin embargo, permanecen siempre extrañas á la denominacion de contratos.

Esto es por lo que respecta á las obligaciones formadas por efecto de la voluntad mutua de las partes. Respecto de las demas, el primitivo derecho civil ha precisado y especialmente arreglado un cierto número de casos en los cuales resulta una obligacion del perjuicio causado á otro, ya á propósito, ya involuntariamente, pero siempre sin razon. Así hallamos en los fragmentos de las Doce Tablas tres casos de esta naturaleza ; el robo (*furtum*), el daño (*damnum*), la injuria (*injuria*). Estos casos de actos perjudiciales, especialmente previstos por el derecho civil, como capaces de producir obligacion, y que se hallan provistos de una accion, constituyen lo que se llama maleficio (*maleficium*), delito (*delictum*), ó con la expresion antigua *noxa* (1).—El derecho pretoriano ha añadido en seguida algunos casos particulares de este género á los especialmente determinados por el derecho civil.

Hay, pues, segun el primitivo derecho civil, dos fuentes de obligaciones. Esto lo expresa Gayo cuando escribe : « *Obligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* » (2).

Y cuando la jurisprudencia llega á reconocer otros casos de obli-

---

(1) « *Noxiæ appellatione omne delictum continetur.* » Dig. 50. 16. *De verb. sing.* 238. § 3. f. Gay.; y 131. pr. f. Ulp.

(2) Gay. Com. 3. § 88.

gacion, que no constituyen verdaderamente ni un contrato ni un delito, sin embargo los refiere á las dos fuentes primitivas y se asimilan á ellas, se dice que son como figuras variadas de aquellas causas legítimas de obligaciones (*variæ causarum figuræ*); que la obligacion nace como naceria un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*). Véase por qué Gayo en otra obra aprecia así en general las causas de las obligaciones: «*Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*» (1). O bien, si se subdivide esta última fuente: *ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu, et quasi ex maleficio.*

Por lo demas, es preciso añadir las obligaciones que resulten de las relaciones entre las personas en la constitucion de la familia y de la sociedad, y que la misma ley impone (*obligationes quæ ex lege nascuntur*). Verémos, sin embargo, que los jurisconsultos romanos las hacian entrar tambien, en su mayor parte, en la clase de las obligaciones nacidas *quasi ex contractu* (2).

Por estas nociones preliminares se halla suficientemente explicado el párrafo que sigue.

II. Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

2. Una division subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen ó de un contrato ó de un cuasi contrato, ó de un delito ó de un cuasi delito. Tratemos primero de las que nacen de un contrato, y que se subdividen en cuatro especies; en efecto, se forman por la cosa, ó por palabras, ó por escrito, ó por el solo consentimiento. Tratemos de cada una de ellas.

### *De los contratos.—De las convenciones ó pactos.*

Aquí tenemos que tratar la materia, no ya sólo segun el antiguo derecho civil, sino segun la jurisprudencia romana, en todo el desarrollo que le dió la introduccion de las ideas filosóficas y del

---

(1) Dig. 44. 7. 1. pr. f. Gay.

(2) Modestino no ha seguido el método de clasificacion histórica, sino una enumeracion bastante confusa, cuando ha indicado así las causas de obligaciones: «*Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.*» (Dig. 44. 7. 52. f. Modest.)

derecho de gentes. Estas ideas se extendieron, y el lenguaje jurídico se modificó y aumentó.

Convencion (*conventio*) ó pacto (*pactum*, *pactio*) son palabras genéricas que designan el concurso de voluntad de dos ó muchas personas en un mismo negocio. « *Et est pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus* », dice Ulpiano (1). En el derecho sólo se trata de convenciones que recaen sobre un negocio jurídico, es decir, sobre un derecho que debe crearse, modificarse ó extinguirse.

Se distingue del pacto ó convencion la simple promesa hecha préviamente por una de las partes y no aceptada todavía por la otra, que los romanos llaman *pollicitatio*. « *Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum* » (2). Sólo en casos absolutamente excepcionales y privilegiados produce un vínculo de derecho la simple policitacion (3).

El nombre de contrato (*contractus*) está reservado á las convenciones especialmente reconocidas como obligatorias y provistas de una accion por el antiguo derecho civil de los romanos (4).

Todas las demas conservan el nombre genérico de convenciones ó pactos (*pacta*), á tal punto que, aunque algunas se hayan hecho obligatorias y vayan acompañadas de accion, ya por un derecho civil más reciente, el de los Emperadores, ya por el derecho pretoriano, no ménos han quedado fuera de la denominacion de contratos propiamente dichos y en la clase general de pactos ó convenciones. Por un principio riguroso, y segun el estricto derecho civil, los pactos no producen obligacion. Sin embargo, hay muchas circunstancias que, como verémos, pueden modificar este rigor y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

---

(1) Dig. 2. 11. *De pactis*. 1. § 2. f. Ulp. — El mismo jurisconsulto nos da tambien la etimologia de las dos palabras : « § 1. *Pactum* autem a pactione dicitur, inde etiam *pacis* nomen appellatum est. — § 3. *Conventionis* verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti *convenire* dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. »

(2) Dig. 50. 12. 3. pr. f. Ulp.

(3) Un título especial está dedicado en el Digesto á esta materia, 50. 12. *De pollicitationibus*.

(4) « *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.* — § 1. *Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.* » (Dig. 2. 14. 7. pr., y §§ 1 y sig. f. Ulp.) — En un sentido más estricto Labeon sólo aplica el nombre de contratos por excelencia á aquellos en los cuales hay obligacion recíproca entre las partes, los que se llaman *contratos synallagmáticos* : « *Labeo, libro primo Prætoris urbani definit..... contractum..... ultro citroque obligationem, quod Græci συνάλλαγμα vocant.* » (Dig. 50. 16. 19. f Ulp.)

Tratemos primero de los contratos. El texto, al exponer sucesivamente los que se forman *re*, *verbis*, *litteris* y *consensu*, ha seguido precisamente el órden histórico en que, segun toda probabilidad, han sido admitidos por el derecho civil.

## TITULUS XIV.

### QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

## TÍTULO XIV.

### DE QUÉ MANERA LAS OBLIGACIONES SE CONTRAEN POR LA COSA.

En el sentido más general se dice que una obligacion se forma *re*, por la cosa, cuando es la consecuencia de un hecho materialmente realizado, del cual resulta que una de las partes tenía entre sus manos el bien de la otra, ó se ha enriquecido con el bien de la otra, ó ha causado por culpa suya perjuicio á la otra. En este sentido se dice que en los delitos la obligacion se forma *re* (1) : otro tanto puede decirse en los casos de obligaciones nacidas *quasi ex contractu* ó *quasi ex delicto* (2). Es la fuente más general y más abundante de las obligaciones.

Pero ocupándonos sólo de los contratos que forman en este momento el objeto exclusivo del texto, harémos observar que hay cuatro cuya naturaleza es tal, que, aunque haya conformidad y acuerdo de voluntad entre las partes, la obligacion principal y esencial que los caracteriza no puede nacer sino en tanto que ha habido entrega y prestacion de la cosa. Estos son : el *mutuum*, que llamamos hoy préstamo de consumo ; el *commodatum*, llamado por nosotros préstamo de uso ; el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*).—Y el motivo de ello es sencillo é irresistible : consiste en que en estos contratos la obligacion esencial y característica es la de entregar; mas no puede haber cuestion acerca de *entregar*, sino en cuanto se ha *recibido* préviamente. No sólo en derecho romano, sino en toda legislacion, no existirán nunca estos contratos sino por la cosa (*re*). Se califican en nuestra lengua, pero no en la del derecho romano, de *contratos reales*.

En el tiempo antiguo del derecho civil de los romanos, cuando las obligaciones se contraian *nexu* por la pieza de metal y por el

(1) Dig. 44. 7. 4. f. Gay.—Inst. 4. 1. pr.
(2) Dig. 44. 7. 46. f. Paul.—Y en adelante, § 1 de nuestro mismo título.

peso (*per æs et libram*), estos contratos no se formaban sólo por la simple tradicion de la cosa; la solemnidad simbólica debia cumplirse. Así sabemos que en el *mutuum* (segun la expresion antigua *æs creditum*), aunque se trate de cosas *nec mancipii*, el peso y el metal intervenian, ya para el acto real de pesar, ya como símbolo de los tiempos en que, no existiendo la moneda, el metal se media al peso (1); y este *nexum*, este arte de pesar el metal dado á préstamo, ha sido el tipo primitivo y particular de donde se han derivado las demas formas de obligarse por palabras ó por escrito. Sabemos que en el *depositum* y en el *pignus*, aunque realmente no se trate de transferir el dominio romano, sin embargo, la *æs et libra* y la *mancipatio* intervenian tambien (2). Pero con el tiempo bastaron para formar estos contratos el consentimiento y la simple tradicion ó prestacion de las cosas.

La palabra *credere* (creer, confiar) era, como ya hemos dicho, general y se extendia á todos los casos en que se trataba con otro, confiando en su buena fe para recibir despues alguna cosa de él en virtud de este contrato. Sin embargo, se aplicaba más especialmente á los cuatro contratos de que aquí se trata, que presentan con más claridad el carácter de confianza; tambien el pretor, bajo el título de *rebus creditis*, trataba, en su edicto del *mutuum*, del comodato y de la prenda. Pero más particularmente se emplea la expresion de *res credita* para el caso de *mutuum* (3).

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit *quæ pondere, numero mensurave constant*, veluti vino, oleo, frumento; pecunia numerata, ære, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo,

La obligacion se contrae por la cosa, *re*, por ejemplo, por la dacion de un *mutuum*. Esta dacion sólo se aplica á las cosas que se *pesan*, se *numeran* ó se *miden*, como el vino, el aceite, el trigo, la plata acuñada, el metal, la plata y el oro: dando estas cosas en número, medida ó pe-

(1) Gay. Com. 1. § 122.

(2) Gay. Com. 2. § 60.—Véase tambien á VARRON, *De ling. latin.* IV.—FESTO, en las polabras *Nexum* y *Nuncupata*.—S. ISIDORO de Sevilla en sus *Libros de los orígenes ó etimologías*, V. 25. *Fiducia*.

(3) «*Rerum creditarum* titulum præmisit (prætor): omnes enim contractus quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam ut lib. 1. Quæstionum Celsus ait, *credendi* generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit; nam cuicumque rei adsentiamus, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere dicimur*. *Rei* quoque verbum, ut generale, prætor elegit. (Dig. 12. 1. *De rebus creditis*. 1. f. Ulp.)—«*Creditum* ergo a *mutuo* differt, qua genus a specie; nam creditum existit extra eas res quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eamdem rem recepturi sumus creditum est.» (Dig. ib. 2. § 3. f. Paul.)—«Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione.» (Ib. 2. § 5. f. Paul.)

aut adpendendo in hoc damus *ut accipientium fiant.* Et quandoque nobis non cædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat.* Et ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur *condictio.*

so, es para que se *hagan propiedad de aquellos que las reciben;* de tal manera que deban devolvernos, no las mismas cosas, sino cosas de la misma naturaleza y de la misma calidad. De donde se ha tomado el nombre de *mutuum*, porque lo que yo te doy, de *mio se hace tuyo.* De este contrato nace la accion llamada de *condictio.*

*Quæ pondere, numero mensurave constant.* Ya hemos definido en general esta clase particular de cosas; de donde se ha tomado el barbarismo de cosas fungibles (*fungibiles vel non fungibiles*), que no pertenece ni al derecho ni á la lengua de los romanos. Sabemos que esta distincion no corresponde realmente sino á la de las cosas consideradas en su género (*in genere*) ó en su individuo (*in specie*); y que aunque haya cosas que por su naturaleza física se consideran más bien de una que de otra manera, sin embargo, la intencion de las partes puede hacer que se decida otra cosa (*General. del der. rom.*, p. 82). En el *mutuum* las cosas se aprecian siempre *in genere.*

*Ut accipientium fiant.* Este es el carácter esencial del *mutuum;* las cosas *prestadas* son transferidas en propiedad. De donde se deduce la consecuencia de que el que toma á *préstamo* una cosa, debe hacerse propietario de ella y tener la facultad de enajenarla (1). Si esta doble condicion no tiene lugar, ¿qué sucederá pues? Las cosas *prestadas* no serán enajenadas, y no habrá nacido la obligacion que resulta del *mutuum:* la accion real, la *rei vindicatio* existirá siempre en favor del propietario; salva la accion personal que nacerá contra aquel que ha recibido las cosas, por consecuencia del consumo que de ellas haya hecho de buena ó de mala fe, como ya lo hemos explicado (tom. I, p. 458) respecto de las cosas dadas en *mutuum* por el pupilo, sin autorizacion del tutor (2).

*Ut ex meo tuum fiat.* Esta etimología, verdadera ó falsa, indica el carácter principal del contrato. Varron (*De lingua latina,* lib. IV) hace derivar la palabra *mutuum* de la griega μοῖτον. En su acepcion primitiva y propia *mutuum* no designa el contrato, sino el objeto prestado; en cuanto al contrato, se llama *mutui datio.* Lo mismo sucede con las palabras *commodatum*, *depositum*, *pignus.*

---

(1) Dig. 12. 1. 16. f. Paul.
(2) Ib. 19. § 1. f. Julian.

*Condictio.* La accion que nace del *mutuum*, es la *condictio certi*, acerca de la cual volverémos á ocuparnos al tratar de las acciones. Sabemos, por las nociones hasta aquí adquiridas, que la palabra *condictio* es una palabra general para ciertas acciones personales (*in personam*), por las cuales sostenemos que otro se halla obligado hácia nosotros á transferir en propiedad ó á hacer (*dare, facere, oportere*) (1); que la *condictio* toma el nombre de *condictio certi*, cuando tiene por objeto una cosa cierta y determinada; y que la *condictio certi* se aplica á diversos casos: de este número y por excelencia es el *mutuum*, pues el demandante sostiene en él que el que toma á préstamo está obligado á transferirle en propiedad cosas de tal género ó de tal calidad, en tal peso, número ó medida (t. I, p. 458). El *mutuum* no se halla, pues, provisto de una accion especial, que le sea exclusivamente consagrada; pero recibe la aplicacion de una accion general, comun á muchos otros casos.

Al contrato de *mutuum* se liga la disposicion del senado-consulto MACEDONIANO, de que hablarémos en adelante (Instit. 4. 7. § 7), por la cual se decidió que cualquiera que prestase dinero á un hijo de familia sin el consentimiento del padre, no tendria ninguna accion para hacérselo restituir.

Tambien se refiere á este contrato históricamente, no de una manera exclusiva, sino por una relacion frecuente, aquel empeño ó compromiso que ocupa un lugar tan marcado en la historia romana, y que ha sido ocasion de tantas turbulencias entre los patricios y los plebeyos, y de tantas determinaciones políticas y legislativas (2): el empeño contraido por el deudor de pagar intereses. Se llama capital (*sors*, *caput*) el tanto de la obligacion principal; é intereses (*fœnus*, *versura*, y más recientemente *usuræ*) las fracciones de este capital que el deudor debe por razon del tiempo que el acreedor ha estado privado de su cosa. *Res* ó *pecunia fœnebris* es el capital productivo de intereses. Esta especie de obligacion sólo tiene lugar en las que tienen por objeto una suma de dinero ó, aunque más raras veces, cosas *quæ numero, pondere vel mensura consistunt* (3). Siendo los intereses fracciones determinadas del capital, proporcionalmente al tiempo que dura la deuda,

---

(1) Gay. Com. 4. § 5.—Instit. de Justin. 4. 6. § 15.—Véase la *Generalizacion del derecho romano*, p. 147.

(2) TACIT. *Annal.* lib. VI, cap. 16.—TIT. LIV. VI. 35 y 39; VII. 27, 16 y 42.

(3) Cod. 4. 32. 23. const. Philipp.

consisten siempre en cosas de la misma naturaleza. Son en cierto modo el producto periódico (*fœtus, fœtura*) del capital; así nos lo dice Festo: «*Fœnus..... a fœtu..... quod crediditi nummi alios pariant; ut apud Græcos eadem res* τόκος (á un tiempo *producto* é *intereses*) *dicitur*» (1). Ó si se quiere, la etimología de la otra denominacion (*usuræ*) es el precio de arrendamiento por el uso (*pro usu*) del capital (2).—Despues de diversas vicisitudes y de diversas leyes ó plebiscitos, dirigidos á limitar el interes en un tanto determinado, este tanto se hallaba ya fijado en tiempo de Ciceron en el *maximum* llamado *centesimæ usuræ*. La fraccion del capital que constituye el interes es aquí un centésimo, que debe pagarse cada mes en las calendas; ó, en nuestra manera de hablar, uno por ciento al mes, doce por ciento al año. Esta tasa, la más elevada que pudo fijarse (*maximæ, gravissimæ, centisimæ, usuræ*), se mantuvo hasta el tiempo de Justiniano, que estableció una nueva, variada segun la calidad de las personas y segun las circunstancias (3). Está prohibido exigir interes de los intereses, repeticion que se llama *anatocismus* (4).

Siendo formada *re*, por la cosa, la obligacion que se hace del *mutuum*, y consistiendo en *devolver* lo que se ha recibido, es evidente que no podria comprender los intereses que son un objeto absolutamente nuevo, un aumento á lo que realmente se ha dado. Si las partes quieren que se devenguen intereses, es preciso para esto una obligacion particular del deudor, una promesa especial por estipulacion (5); y entónces son debidos, no en virtud del *mutuum*, sino en virtud de esta causa particular y distinta de obligacion. Esto es lo que importa observar bien.—Por lo demas, áun fuera del *mutuum* y de las estipulaciones especiales con que podria ir acompañado, y por cualquier motivo que la obligacion principal exista, hay diversas circunstancias en que pueden deven-

---

(1) FESTO, á la palabra *Fœnus*.

(2) La economía política ha llegado en nuestros dias á hacer un análisis más sutil y una mejor apreciacion del interes, que comprende á un tiempo una prima por el riesgo corrido por el acreedor y un precio del arrendamiento por el uso, ó más exactamente por la disposicion del capital dejado al deudor.

(3) Cod. 4. 32. *De usuris*, 26. § 1. const. Justin.: «Illustribus quidem personis... minime licere ultra tertiam partem centesimæ...—Illos vero qui ergasteriis præsunt, vel aliquam licitam negotiationen gerunt, usque ad bessem centessimæ... In trajectitiis autem contractibus, vel specierum fœneri dationibus usque ad centessimam...—Ceteros autem (omnes) homines dimidiam tantummodo centesimæ, usurarum (nomine) posse stipulari.»

(4) Cod. 4. 32. *De usuris*. 28.

(5) Dig. 19. 5. 24. f. Afric.—Cod. 4. 32. 3. const. Sever. y Anton.—22. const. Philipp.

garse intereses, ya en virtud de convencion de las partes, ya en virtud de las cláusulas testamentarias ó de las disposiciones de la ley.

I. Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quam contrahere.

1. Aquel que recibe un pago que no le es debido y que se le hace por error, está obligado *re;* se da contra él al demandante, para repetir contra él mismo, la accion *condictitia.* En efecto, la condicion SI PARECE QUE DEBA DAR, puede intentarse contra él absolutamente como si hubiese recibido un *mutuum.* Tambien el pupilo, á quien por error y sin autorizacion del tutor se le ha hecho un pago no debido, no está más obligado por la condicion de no debido, de lo que lo estaria por una dacion de *mutuum.* Por lo demas, la especie de obligacion de que aquí se trata, no parece provenir de un contrato, pues el que da con el objeto de pagar, juzga más bien extinguir que producir una obligacion.

Esta materia no pertenece á los contratos, sino á las obligaciones que se forman *quasi ex contractu*, pues no hay concurso de voluntad con el objeto de contraer obligacion : en adelante nos ocuparemos en ello.

II. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilhominus obligatus permanet. A is qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur;* nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse; quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus

2. Aquel á quien se entrega una cosa para que se sirva de ella, es decir, en comodato, se halla tambien obligado *re*, y lo está á la accion *commodati.* Pero se diferencia mucho del que ha recibido en *mutuum*, porque la cosa no se le da en propiedad, y por consiguiente se halla obligado á restituir idénticamente la misma. Fuera de esto, aquel que ha recibido una cosa en *mutuum*, si llega á perderla por cualquier caso fortuito, como por incendio, naufragio, ladrones ú otros enemigos, no queda ménos obligado : en cuanto al que ha recibido una cosa en comodato, debe, sin duda, *aplicar á su custodia un gran cuidado*, y no le bastará haber puesto el mismo cuidado que acostumbra poner en las cosas suyas propias, si una persona más cuidadosa hubiese podido conservarla; pero no está obligada á ca-

non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Alioquin, si id quod tibi commodatum est peregre tecum ferre malueris, et, vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio, amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin, mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; *gratuitum enim debet esse commodatum.*

sos fortuitos ó de fuerza mayor, si no han sido causados por culpa suya. Pero si tú llevas á un viaje la cosa que te ha sido prestada en comodato, y la pierdes por naufragio ó por acometida de ladrones ú otros enemigos, no es dudoso que estés obligado á restituirla. No hay comodato propiamente dicho sino cuando el servicio de la cosa ha sido concedido sin ninguna retribucion ni obligacion de retribucion; desde el momento que hay retribucion se ve en el acto un arrendamiento, *porque el comodato debe ser gratuito.*

Las cosas en este contrato son consideradas *in specie* como cuerpo cierto. El objeto, el cuerpo mismo que ha recibido (*species*), debe idénticamente restituir el que ha recibido el préstamo (*qui commodatum accepit*). El prestamista (*commodans*) no le ha transmitido ni la propiedad ni áun la posesion; sólo en nombre del comodante, para él, y en cierto modo como su instrumento, lo retiene el comodatario: «*Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus.*» — «*Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat*» (1).

Tambien la obligacion y por consiguiente la accion del comodato tienen orígen, aunque el que ha prestado las cosas no sea propietário de ellas. «*Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus.—Ita ut etsi fur, vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem*» (2).

Las cosas muebles (*res mobiles*) ó inmuebles (*res soli*) pueden ser objeto de un comodato (3). Aquellas de que no se obtiene comunmente servicio sino por el consumo (*quæ ipso usu consumuntur*), no pueden sèrlo sino en cuanto hayan sido por las partes consideradas como cuerpo cierto (*in specie*) y prestadas sólo para muestra y ostentacion (*ad pompam vel ostentationem*) por una utilidad cualquiera que de ellas se saque sin consumirlas (*Generalizacion del derecho romano*, p. 82): «*Non potest commodari id quod*

---

(1) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra.* 8. fr. Pomp. y 9. fr. Ulp.

(2) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra.* 15. fr. Paul. y 16. fr. Marcel.

(3) Aunque Labeon no aplicase especialmente el nombre de comodato sino al caso de cosas muebles. (Dig. 13. 6. 1. § 1. fr. Ulp.)

*usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat»* (1).

La obligacion principal de aquel que ha recibido la cosa en comodato, consiste en devolverla, pero sólo despues que haya usado de ella con el objeto para que se le hizo la prestacion (2). Debe ademas conservarla con cuidado.

*Exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur.* El texto nos da suficientemente á conocer que no es necesario considerar aquí el carácter habitual del comodatario, sino lo que haria un buen padre de familia, un hombre muy diligente. Gayo precisa todavía mejor esta obligacion : «*In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non posssit*» (3). Y Ulpiano nos da de ella el motivo, cual es que el contrato se hace ordinariamente en el solo interes del comodatario : « *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam*» (4). El comodatario responde, pues, no sólo de su dolo, sino tambien de toda culpa (*culpa*), de toda la falta de cuidado (*diligentia*). Está encargado de la custodia de la cosa : «*Custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præstare*» (5). Sólo el caso fortuito está fuera de su responsabilidad ; y no se trata aquí sino de aquellos casos fortuitos que no ha podido evitar, y á los cuales, como dice Gayo, no se puede resistir (*quibus resisti non possit*). Así responderá del robo hecho sin violencia, pues está obligado á custodiar la cosa (*custodia*) (6) ; y áun de los casos irresistibles, si por culpa suya han quedado las cosas expuestas á ello, como el texto nos dice en un ejemplo, suponiendo que el comodatario ha llevado á un viaje lo que se le habia prestado para la casa (7). En fin, en los peligros de fuerza mayor responderá todavía de las cosas prestadas, si las ha dejado perecer á fin salvar las suyas : « *Ni-*

(1) Dig. 13. 6. 3. § 6. fr. Ulp.—«*Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*» (Ib. 4. fr. Gay.)

(2) Dig. 13. 6. 8. pr. f. Gay.

(3) Dig. 13. 6. 17. § 3. fr. Paul.

(4) Dig. 13. 6. 5. § 2. fr. Ulp.

(5) Ib. § 5.—Paul. Sent. 2. 4. § 3.

(6) Dig. 13. 6. 10. § 1. fr. Ulp., combinado con Dig. 47. 2. 78. fr. Papin.

(7) Vease tambien Paul. Sent. 2. 4. § 3.

*si forte, cum posset rem commodatam salvam facere suam prætulit»* (1).—Por lo demas, no debe emplear la cosa sino en el caso para que ha sido prestada: fuera de esto, cometeria un robo de uso, y quedaria obligado en su consecuencia (2).

*Gratuitum enim debet esse commodatum.* Es una condicion esencial del comodato, sin la que degenera en otra convencion: en un contrato de arrendamiento, si el precio consiste en plata acuñada; en un simple pacto, si se trata de cualquiera otra retribucion (3). Esto es importante, sobre todo en derecho romano, porque se viene á parar desde entónces bajo otras reglas y otras acciones.—Este principio no impide que el comodato pueda tener lugar alguna vez en interes del prestamista, al mismo tiempo que en el del que recibe en préstamo. Gayo cita el caso en que habiendo convidado tú y yo á un amigo de los dos, á una comida de que tú solo te has encargado, te hubiese yo prestado la plata (4). Ó áun en interes exclusivo del comodante: Ulpiano cita el caso en que se prestan objetos á su novia ó á su esposa para que sea conducida con gran lujo al domicilio conyugal (*ad domum viri deducta*); y aquel en que dando un prestamista fiestas, presta objetos á los autores para el desempeño de sus papeles en la escena (5). En estos casos la responsabilidad del que ha recibido las cosas es menor: sólo responde de su dolo y de sus faltas graves (*lata culpa*), que se asimilan al dolo.

En el lenguaje de nuestro derecho frances se ha tomado de la palabra general *præstare*, proveer, hacer prestacion, la denominacion de *prêt*, préstamo, que se ha particularizado, y que ha quedado como propio y comun de los dos contratos de *mutuum* y *comodato*, á pesar de las diferencias características que los separan.

III. Præterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur et actione depositi; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque securus est, qui

3. Aquel en cuyo poder se halla depositada una cosa, queda todavía obligado *re*, y obligado por la acción de depósito; porque debe restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Pero sólo es responsable del dolo que hubiese cometido, y no de su culpa, es decir, de su incuria y negligencia: está pues en seguri-

(1) Paul. Sent. 2. 4. § 2.—Dig. 13. 6. 5. § 4. fr. Ulp.
(2) Dig. 13. 6. 5. § 8. fr. Ulp.—Y más adelante, Inst. 4. 1. § 7.—Dig. 47. 2. 54. § 1.
(3) Dig. 3. 6. 5. § 12. f. Ulp.
(4) Dig. 3. 6. 18. p. f. Gay.
(5) Ib. 5. § 10. f. Ulp.

parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

dad, si la cosa, guardada con poca vigilancia, le ha sido robada : en efecto, aquel que ha confiado la custodia de su cosa á un amigo negligente debe imputar esta pérdida á su propia imprudencia.

Ulpiano define el depósito, y nos da la etimología de su denominacion en estos términos : « *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo quod ponitur* » (1).

Las cosas en este contrato son todavía consideradas *in specie*, como cuerpo cierto. El depositante (*deponens*) custodia la propiedad, y áun la posesion de ella : « *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio* » (2). Así áun la plata acuñada, cuando en la convencion sólo ha habido un depósito, debe devolverse idénticamente (3).

La obligacion principal del depositario (*depositarius*) consiste en restituir. Debe hacer esta restitucion apénas lo solicite el deponente, áun cuando se hubiese indicado un término ó plazo en el depósito, porque este plazo se reputaria puesto en interes del deponente (4). La restitucion debe hacerse en el lugar en que el objeto depositado se halla en manos del depositario, cualquiera que haya sido el lugar del depósito, con tal que no haya en esto ningun hecho de dolo : « *Depositum eo loco restitui debet in quo sine dolo malo ejus est apud quem depositum est : ubi vero depositum est, nihil interest* » (5).

El depositario está, ademas, obligado á guardar la cosa. El texto nos explica suficientemente que en este punto sólo responde de su dolo; y nos explica el motivo, cual es que el deponente debe imputarse á sí mismo haber escogido un depositario negligente, á cuyo motivo es preciso añadir este otro, propuesto por Ulpiano, y es que el depósito tiene lugar en el solo interes del deponente: « *Quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus* » (6). En el dolo se halla comprendida la culpa grave, mirada por los jurisconsultos romanos como equivalente á aquél ; en ésta es preciso considerar el carácter personal del de-

(1) Dig. 16. 3. *Depositi vel contra*. 1. pr. f. Ulp.
(2) Ib. 17. § 1. f. Florent.
(3) Ib. 24. f. Papin. y § 36. f. Ulp.
(4) Dig. 16. 13. 1. §§ 45 y 46. f. Ulp.
(5) Dig. 12. § 1. f. Pomp.
(6) Dig. 15. 6. 5. § 2. f. Ulp.

positario, porque si no ha puesto en la custodia del depósito el cuidado que le es habitual segun su carácter ordinario, ha engañado al deponente (1). — Por lo demas, áun responderia de la simple culpa (*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam*), si especialmente se habia obligado á ello por la convencion, ó si él mismo se habia ofrecido á tomar el depósito (*si se deposito obtulit*) (2).

El depósito, lo mismo que el comodato, es esencialmente gratuito ; porque si se ha convenido un precio por la custodia de los objetos, el contrato degenera en arrendamiento, y es preciso desde entónces recurrir á las reglas y á las acciones de arrendamiento (3). El depositario no puede tampoco servirse de la cosa ; cometeria en ello un robo de uso (4), á ménos que no haya sido autorizado para ello, ya expresa, ya tácitamente. Todavía en este caso el contrato varía de naturaleza, y se hace, segun las circunstancias, ya comodato, ya arrendamiento ; y tambien *mutuum*, cuando se trata de cosas *in genere*, y de las que puede decirse que la propiedad de ellas ha sido transferida á aquel que las ha recibido (5).

IV. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur ; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur : et debitoris quo magis pecunia ei crederetur ; et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum *placuit sufficere* quod ad eam rem custodiendam *exactam diligentiam* adhiberet: quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

4. En fin, el acreedor que ha recibido una prenda, está tambien obligado *re ;* porque lo está por la accion *pigneratitia* á restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Mas como la prenda se da en interes de los dos contratantes : en interes del deudor, para hacerle que más fácilmente halle dinero, y en el del acreedor para asegurar mejor su crédito, *se ha decidido que bastaria* que el acreedor aplicase á la custodia de la prenda *un gran cuidado;* mas si á pesar de este cuidado pierde la cosa por algun caso fortuito, se halla al abrigo de toda responsabilidad, y nada impide que recobre su crédito.

La prenda (*pignus*) se presenta en el derecho bajo dos aspectos diferentes, que importa distinguir con cuidado :

(1) Dig. 26. 3. 32. f. Cels.
(2) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp.—16. 13. 1. § 35. f. Ulp.
(3) Dig. 16. 3. 1. §§ 8 á 10. f. Ulp.
(4) Inst. 4. 1. § 6.
(5) Dig. 26. 3. 1. § 9 y 34 f. Ulp. — 12. 1. f. 9. § 9. f. 10. Ulp. — 17. 1. 34. pr. f. Afric. — 47. 2. 76. pr. f. Pompon.

1.° Bajo el aspecto del derecho real conferido al acreedor sobre el objeto dado en prenda;

2.° Bajo el aspecto del contrato, de los vínculos personales, es decir, de las obligaciones contraidas entre el acreedor con prenda y el deudor.

Bajo el aspecto del derecho real, cuyo carácter ya hemos indicado (tomo I, página 415), sólo se trata de la prenda en las Instituciones con ocasion de las acciones que de ella resultan (véase el libro IV, título I, § 7); se confunde con la hipoteca (*hypotheca*); y el derecho real áun puede conferirse por el simple consentimiento y sin ninguna tradicion (1).

Sólo se trata aquí de la prenda considerada como contrato; contrato que existe únicamente por efecto de la entrega de la cosa, *re*, pues la obligacion principal que lo constituye es la de entregar.—Las cosas inmuebles (*res soli*), lo mismo que las muebles, pueden darse en prenda, aunque algunos jurisconsultos romanos juzgasen que, propiamente hablando, la palabra prenda sólo se aplicaba á los muebles (2).—La cosa dada en prenda queda siendo siempre de su propietario; pues el dominio no se enajena; sin embargo, el acreedor adquiere sobre ella el derecho absolutamente particular que constituye su garantía; y ademas los efectos del derecho de posesion se distribuyen entre él y aquel de quien ha recibido la prenda (3): en efecto, el acreedor adquiere el derecho á las acciones é interdictos posesorios, que deben tener por objeto hacer mantener la cosa en su poder (4); es como una consecuencia y como una sancion de su derecho real.

La obligacion principal del acreedor consiste en restituir la prenda que ha recibido, pero sólo despues de la entera satisfaccion de su crédito (5). Debe ademas cuidar de la conservacion de la cosa, y sobre este punto debemos examinar con el texto la extension de dicha obligacion.

---

(1) Dig. 13. 7. *De pigneratitia actione vel contra*, 1. pr. f. Ulp.—Sin embargo, el mismo jurisconsulto añade: «Proprie *pignus* dicimus quod ad creditorem transit: *hypotecam*, cum non transit, nec possessio ad creditorem.» 9. § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 238. § 2. f. Gay.: «Pignus appellatum a pugno: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, prius proprie rei mobilis constitui.»

(3) Véase lo que hemos dicho sobre esta division de los efectos del derecho de posesion, páginas 304, nota 5, y 305, nota 1, del tomo I.

(4) «Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.» Dig. 13. 7. 35. § 1. f. Florentin.—Véase ademas, Dig. 10. 4. 3. § 15. f. Ulp.—41. 3. 16. f. Javolen.

(5) Dig. 13. 7. 9. § 3. f. Ulp.—f. 11. § 5, y f. 4. § 1. Ulp.—33 f. Marcian.

*Placuit sufficere exactam diligentiam.* La nocion que nos da aquí el texto sobre la responsabilidad del acreedor con prenda, debe completarse con las que encontramos en los fragmentos de los jurisconsultos. Vemos en ellos, en más de un lugar, que el acreedor está encargado de la conservacion y custodia (*custodia*) de la cosa que se le ha entregado en prenda; que con este objeto no sólo responde de su dolo, sino tambien de sus culpas, y que en esta parte se le asimila al comodatario: « *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodata; venit et custodia: vis major non venit* » (1). Así no basta examinar su carácter personal, si no hay derecho para exigir de él todo el cuidado que un padre de familia bueno y diligente tuviese en cosa suya: « *Ea igitur quæ diligens pater familias in suis rebus præstare solet a creditore exiguntur* » (2). La expresion *exactam diligentiam* de nuestro texto debe entenderse en este sentido: por lo demas su aplicacion es usual: son exactamente las mismas palabras que en el § 2 se han empleado para el caso de comodato.—Aunque la redaccion de nuestro párrafo pareceria indicar que así como el contrato de prenda se verifica no sólo en interes del acreedor, sino tambien en el del deudor, porque si en él halla uno seguridad, el otro halla crédito, debe usarse de ménos severidad respecto del acreedor con prenda que respecto del comodatario. Esta redaccion ha dado lugar á los comentadores para formar acerca de las culpas una teoría que las divide en tres clases: la culpa grave (asimilada al dolo), la culpa leve (imputable al acreedor con prenda), y la culpa levísima (imputable al comodatario). Division metódica, que no se halla en los textos de los jurisconsultos romanos, y que, por consiguiente, no admitimos (3).

## ACCIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS FORMADOS (RE) POR LA COSA.

Estos cuatro contratos, bajo el aspecto de las acciones que producen, no se hallan en la misma línea: el *mutuum* por una parte,

---

(1) Dig. 13. 7. 13. § 1. f. Ulp.—Véase tambien 30. f. Paul.—50. 17. 23. f. Ulp.—Y Cod. 4. 24. *De pigneratitia actione*, constit. 5 á 9.

(2) Dig. 13. 7. 14. f. Paul.

(3) Volverémos á tratar de esta materia cuando hayamos expuesto las reglas de los contratos en muy grande número para generalizar.

y por otra los tres contratos, el comodato, el depósito y la prenda, forman dos clases bien distintas, que se separan en diversos puntos:

1.° El *mutuum*, como ya hemos dicho, se halla provisto, no de una accion especial y que le sea exclusivamente propia, sino de una accion general y comun á otros muchos casos; la *conditio certi* (1).—El comodato, el depósito y la prenda tienen, por el contrario, cada uno de ellos una accion especial, designada con su propio nombre: *actio commodati*, *actio depositi*, *actio pigneratitia*.

2.° La *condictio* se deriva de una antigua accion de la ley (véase *General. del derecho rom.*, p. 139), que toma su orígen en el antigua derecho civil de los romanos, y que ha pasado, experimentando las modificaciones sucesivas propias de este género de instituciones, de sistema de las acciones de la ley de las fórmulas, y por último al procedimiento extraordinario. Ha tomado el nombre de *condictio certi*, cuando se trata de una cosa cierta y determinada, en oposicion á la *condictio certi*, introducida con posterioridad. Ha conservado siempre su antiguo carácter, el de una accion eminentemente de derecho estricto (*stricti juris*).—Las acciones *commodati*, *depositi*, *pigneratitia* son, por el contrario, acciones de buena fe (2).

3.° Se sigue de aquí que el *mutuum* no ha sido nunca considerado entre los romanos sino como un contrato que no producia obligacion sino por una de las partes (lo que llamamos contrato unilateral). Éste es un carácter particular y bien notable, comun á todos los contratos de estricto derecho civil. Sólo aquel que ha recibido las cosas en *mutuum* (antiguamente por la pieza de metal y por el peso, pronunciando las palabras solemnes) es el que sólo se halla ligado al otro; se halla ligado para una cosa cierta y determinada, á la que el juez no puede ni añadir ni quitar nada, y que tampoco puede templar por ninguna consideracion de equidad; luego contra solo él y para esta cosa solamente, se da la *condictio certi*. Es posible que el prestamista, en la prestacion que le ha hecho, haya cometido algun acto imputable; como, por ejem-

(1) Se la encuentra, sin embargo, nombrada *actio mutui* en una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano (Cod. 7. 35. 5.); pero esta expresion, que no pertenece á la jurisprudencia romana, no puede, ni áun en esta constitucion, tomarse como una denominacion técnica.

(2) Véase Instit. 4. 6. § 28.

plo, que le haya dado de mala fe cosas nocivas que le hayan causado perjuicio; no importa; será preciso recurrir á otras acciones, como, por ejemplo, á la accion de dolo, á la de la ley *Aquilia*, segun las circunstancias; pero el contrato y la *condictio certi* permanecen extraños á esto.—*El commodato, el depósito* y *la prenda* no obligan tampoco desde el principio, por el solo efecto de la entrega de la cosa y de la convencion, sino á una sola persona, á la que ha recibido, y que se halla inmediatamente obligada á conservar y á devolver. Pero puede suceder que, con posterioridad, por algun hecho accidental y posterior (*ex post facto*), por ejemplo, á causa de los gastos que haya hecho para la conservacion de la cosa, ó á causa del dolo ó de la culpa del que le ha entregado la cosa, haya con equidad repeticiones que entablar contra este último. Siendo de buena fe las acciones *commodati, depositi, pigneratitia*, podrá tenerse esto en cuenta por el juez de dichas repeticiones; ó el comodatario, el depositario y el acreedor con prenda tendrán, para perseguir á la otra parte y hacerse indemnizar, una accion *commodati, depositi, pigneratitia;* pero para distinguir estas dos acciones se da á la del comodante, depositante ó persona que ha entregado la prenda el nombre de *actio directa commodati, depositi* ó *pigneratitia;* porque procede directa é inmediatamente del contrato; y á la otra el nombre de *actio contraria* (1).—Por lo demas, el efecto de la accion contraria no es absolutamente el mismo en los tres contratos. El comodante no se halla obligado (por la *actio commodati contraria*), sino por su dolo y culpa grave asimilada al dolo (2); más, á la indemnizacion de las impensas, á excepcion de las que son módicas, ó efecto natural del uso concedido al comodatario (3). El depositante y el que ha entregado la prenda están obligados, no sólo por el dolo, sino tambien por la simple culpa, porque hallan su interes en el contrato (4), y debe abonar todos los gastos de conservacion (5).

---

(1) Dig. 13. 6. 17. § 1. f. Paul.

(2) Dig. 13. 16. 8. § 3. f. Gay.—21. f. Afric.—22. f. Paul.

(3) Dig. 13. 6. § 2. f. Gay.

(4) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp.—13. 7. 1. § 2. f. Ulp.—31. f. Afric.—36. f. Ulp.—Respecto del deudor que ha entregado la prenda, la obligacion que tiene de responder hasta de su culpa es la única consecuencia justa que se puede sacar del razonamiento que hace nuestro párrafo, cuando dice que el contrato se hace en interes de las dos partes. De donde se deduce que deben responderse las dos partes recíprocamente de su dolo y de su culpa de la misma manera.

(5) Dig. 16. 3. 12. pr. f. Pomp.—23. f. Modest.—Dig. 13. 7. 8. pr. f. Pomp.—25. f. Ulp.—Cod. 4. 24. 7. const. de Gordian.

## TITULUS XV.

### DE VERBORUM OBLIGATIONE.

## TÍTULO XV.

### DE LA OBLIGACION POR PALABRAS.

Siguiendo el movimiento de simplificacion que producen en la forma de los actos el tiempo y la civilizacion progresiva (*Generalizacion del derecho rom.*, p. 89), de la pantomima solemne y simbólica, acompañada de fórmulas reconocidas, necesário para establecer entre dos personas una obligacion, se llegó á las fórmulas solamente: segun toda probabilidad, la *verborum obligatio* es posrior al *nexum*; la operacion antigua *per æs et libram*, á la que se recurria áun para obligarse, fué la primera derivacion de ella: se ha tenido por verificada la solemnidad *per æs et libram*, el metal por pesado y dado, y sólo se han conservado de la solemnidad palabras que declaraban sacramentalmente la obligacion.

Hallamos en los monumentos del derecho romano la indicacion de tres formas distintas de obligaciones, contraidas por medio de palabras solemnes (*verbis*): 1.°, la *dotis dictio*, de que hemos hablado (t. I, p. 447); 2.°, la obligacion de una dádiva, precio ó servicio (*operarum*), que el liberto contraia por juramento hácia su patrono, por causa de su manumision (*jurata promissio liberti*), de que igualmente hemos ya dicho algo (t. I, p. 83); y 3.°, en fin, la estipulacion seguida de promesa (*stipulatio et promissio*).—De estas tres formas, las dos primeras, acerca de las cuales tenemos pocas noticias, son únicamente cosas especiales, exclusivamente propias de un objeto singular y entre personas determinadas. Se verifican por medio de palabras pronunciadas por una sola de las partes, por la que quiere obligarse, sin interrogacion prévia de la otra (1). En la segunda de estas formas especiales de obligacion,

---

(1) El manuscrito de la Instituta de Gayo, en el paraje en que se trata de las obligaciones contraidas *verbis*, contiene una página ilegible, en la que se puede conjeturar que se trataba de la *dotis dictio* y de la *jurata promissio liberti*. En efecto, el compendio de esta Instituta (*Epitome*), sacado del Código de los Visigodos (*Breviario de Alarico*), habla de ellos en estos términos: «Sunt et aliæ obligationes, quæ nulla præcedente interrogatione, contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat..... Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor mulieris....., etc.—Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alio promittente (*¿no sería necesario:* sine interrogationem alio præmittente?), contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam jurisjurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. (Gay. Epit. Inst. 2. 9. §§ 3 y 4).—Véase tambien Ulp. Reg. 6. §§ 1 y 2.—Vatican. J. R. Frag. §§ 90 y sig.—Dig. 38. 1. *De operis libertorum.*—Cicero. *Ad Attic.* VII. 2. *Pro Flacco*, 35.

el señor hacía á veces jurar al esclavo áun ántes de manumitirlo, á fin de ligarlo por la religion del juramento; pero como en esto no podia haber obligacion de derecho entre un señor y su esclavo, el vínculo civil sólo existia cuando la promesa por juramento habia sido renovada por el liberto (1).—En cuanto á la tercera forma de obligacion por palabras (*stipulatio et promissio*), era una forma general que podia emplearse en toda especie de obligacion que pudiese lícitamente contraerse entre todas las personas que tuviesen capacidad para ello, y áun para los dos casos que preceden, es decir, para la promesa de dote y para la de servicios de parte del liberto hácia su patrono; y en la que cada una de las partes tenía que pronunciar palabras de fórmula, uno interrogando y otro respondiendo.—Bajo Justiniano no existia ya la *dictio dotis*, y se recurria siempre á la estipulacion ó áun á la simple convencion (véase t. I, p. 447). La obligacion de servicios se contrae por el liberto, ya por medio de juramento, ya por medio de la estipulacion (2); en fin, las Institutas tratan ya sólo de la estipulacion bajo el título de obligaciones por medio de palabras.

Verbis obligatio contrahitur *ex interrogatione et responsione*, cum quid *dari fierive* nobis stipulamur; ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio* si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu si incerta. Quæ hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteras firmum appellabatur, *forte a stipite descendens*.

La obligacion por palabras se contrae por medio de una sola *interrogacion* y *una respuesta*, cuando estipulamos que nos será dada ó hecha alguna cosa. Produce dos acciones, la *condictio*, si la estipulacion es cierta, y si es incierta la accion *ex stipulatu*, cuyo nombre procede de *stipulum*, que entre los antiguos significaba *firme*, y que probablemente se derivaba de *stips* (estirpe).

*Ex interrogatione et responsione*. La interrogacion toma el nombre técnico de estipulacion (*stipulatio*); la respuesta se llama en general promesa (*promissio*). Así la estipulacion (al ménos en la acepcion más reciente de los jurisconsultos romanos) no es, propiamente hablando, sino una parte del acto, la interrogacion solemne de aquel hácia quien se trata de obligarse. Tal es la definicion que de ella da Paulo en sus *Sentencias*: «*Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet, veluti*: ¿SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEI

(1) Dig. 40. 12. *De liberali causa*, 44. f. Venuley.
(2) Dig. 8. 1. *De operis libert.*

TUÆ ERIT? FIDEI MEÆ ERIT» (1). De aquí han tenido orígen en nuestro lenguaje moderno las expresiones *estipular alguna cosa, estipular en su favor, en favor de tal ó cual persona*, que usamos todavía, aunque no existe ya entre nosotros esta institucion. Por una figura del lenguaje, tomando la parte por el todo, se designa con el nombre de estipulacion todo el acto, es decir, la interrogacion y la promesa (2). El estipulante se llama *reus estipulandi*, y el promitente *reus promittendi*: «Qui stipulatur *reus stipulandi* dicitur; qui promittit, *reus promittendi* habetur» (3).

*Forte a stipite descendens.* Paulo en sus *Sentencias* expone así esta etimología : «Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductæ sunt, quæ quadam verborum solemnitate concipiuntur: et ita appellatæ, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt» (4). Esta etimología era ya un problema controvertido áun entre los antiguos. Festo, en su compendio del tratado de Valerio Flaco, *de Verborum significatione*, y posteriormente, S. Isidoro, arzobispo de Sevilla, en su libro IV *De los Orígenes*, presentan una cada uno (5).

La estipulacion es una forma de obligacion eminentemente civil sin duda alguna, y exclusivamente reservada al principio á los ciudadanos romanos. Sin embargo, su utilidad, ó por mejor decir, su necesidad en el sistema jurídico de los romanos para satisfacer á las diversas relaciones de negocios, la hizo en adelante admitir en parte áun para los extranjeros. Una fórmula : DARI SPONDES? SPONDEO (la *sponsio*, de *responsio*, respuesta), quedó reservada, como propia de los ciudadanos romanos solamente ; pero se discurrieron otras, que se hicieron entrar en el derecho de gentes (6).—La estipulacion, á pesar de esta extension, no quedó ménos en el número de aquellos actos jurídicos, á los cuales se aplica siempre el

---

(1) Paul. Sent. 2. 3.

(2) Así la define Pomponio : «Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatur est, responderit.» Dig. 45. 1. *De verborum obligationibus*, 5. § 1.

(3) Dig. 45. 2. 1. f. Modest.

(4) Paul. Sent. 5. 7. § 1.

(5) «Stipem esse nummum signatum, testimonio est et id, quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur.» FESTUS, en la palabra *Stipem*.—«Dicta stipulatio a stipula. Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant.» ISIDOR., lib. IV, *Originum*, cap. 24.

(6) «Sed hæc quidem verborum obligatio : DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium romanorum est : ceteræ vero juris gentium sunt; itaque inter omnes, sive Romanos, sive peregrinos, valent.» (Gay. Com. 3. § 93.)

principio de que no pueden realizarse por mandatario, y que ninguno puede ser representado por otro (*General del derecho romano*, p. 94). Aquel mismo que interroga adquiere la obligacion.— El vínculo de derecho se forma aquí por la pronunciacion de las fórmulas, por las palabras (*verbis*) : aunque fuese el consentimiento declarado y reconocido, si las palabras faltaban, faltaba tambien el vínculo de derecho ; y por el contrario, aunque el consentimiento padeciese algun vicio, por error, dolo ó violencia, si las palabras se pronuncian, hay obligacion : á la equidad pretoriana toca discurrir medios de remediar este rigoroso formalismo (*General del derecho rom.*, p. 97). La estipulacion seguida de respuesta conforme no produce nunca obligacion sino por una sola parte. Este es, como ya hemos dicho, el carácter propio de las formas de obligacion, que proceden del antiguo derecho civil. No puede engendrar ó producir aquellas obligaciones llamadas bilaterales ó sinalagmáticas (*ultro citroque obligatio*) : sólo aquel que ha respondido á la interrogacion por la promesa queda obligado. Si el asunto tratado exige obligaciones recíprocas, á las partes corresponde descomponer la operacion en muchas y respectivas estipulaciones y promesas.—El uso de la estipulacion era muy general. La estipulacion, en efecto, no es una especie particular de convencion, sino sólo una forma capaz de aplicarse á toda obligacion lícita que se contraiga. Se usaba, ora para dar fuerza de contratos al sinnúmero de convenciones que los hombres pueden discurrir y establecer entre sí, segun las circunstancias y su voluntad, y que sin esta forma no habrian producido accion, ora para convenciones, ya por sí mismas recibidas en el derecho romano como contratos, pero en que se hacía intervenir la estipulacion con diferentes objetos, como medio más seguro y más preciso (1); ora, en fin, áun para obligaciones ya existentes, que se transformaban en obligaciones procedentes de estipulacion (2).— Dejando á un lado el orígen patricio y teocrático á que se refieren las solemnidades rigorosas y las fórmulas sacramentales del antiguo derecho de los Quirites, dejando aparte las causas más generales que materializan siempre las instituciones en los tiempos groseros de las civilizaciones nacientes, y que nos muestran en

(1) Dig. 18. 1. *De contrahenda emptione*, 3. § 1. f. Pomp.—25. § 1. f. Ulp.—22. 1. *De usuris et fructib.* 4. f. Papin.
(2) Instit. 3. 29. § 2.

diversos puntos casi los mismos fenómenos, se puede observar que las formas de la estipulacion tenian la utilidad de fijar de un modo particular la atencion de las partes acerca de lo que iban á hacer; de precisar, en una expresion clara, breve y sencilla, la obligacion á que el promitente se sometia : lo que aplicado á las infinitas obligaciones imprevistas y variables que los hombres pueden imaginar, las determinaba y fijaba rigurosamente; de hacer, en fin, aparecer de un modo más enérgico el consentimiento de las partes por medio de la interrogacion y de la respuesta conforme. Aun en nuestros dias, en que se da tanta fuerza á la pura voluntad, á la intencion en todo su espiritualismo, sin embargo, para ciertos actos más importantes tenemos todavía formas análogas de la estipulacion. Así el matrimonio ante el oficial del estado civil, y el juramento en manos del que se halla encargado de recibirlo, se hacen siempre solemnemente por medio de una interrogacion y de una respuesta conforme.

I. In hac re olim talia verba tradita fuerunt : SPONDES? SPONDEO.— PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO.—FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — DABIS? DABO. — FACIES? FACIAM. Utrum autem latina an græca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest : scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguæ habeat. Nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam, duo Græci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quæ *solemnitate verborum* sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressum est.

1. En otro tiempo las palabras usadas en las estipulaciones eran las siguientes : *Spondes* (respondes)? *Spondeo* (respondo). — *Promittis* (prometes)? *Promitto* (prometo).— *Fidepromittis* (prometes sobre tu fe)? *Fidepromitto* (prometo sobre mi fe). —*Fidejubes* (te haces fideyusor)? *Fidejubeo* (me hago fideyusor).— *Dabis* (darás)? *Dabo* (daré).—*Facies* (harás)? *Faciam* (haré). Por lo demas, que la estipulacion sea en latin ó en griego ó en cualquier otra lengua, poco importa, con tal que la entiendan los dos contratantes. Tampoco es necesario que se valgan ambos de la misma lengua; pues basta que la respuesta convenga con la interrogacion. Ademas, dos griegos pueden contratar en latin. Por lo demas, estas expresiones solemnes estaban en otro tiempo en uso, pero con posterioridad se expidió la constitucion de Leon, que suprimiendo la solemnidad de las palabras, exige únicamente que haya en cada parte el sentido y la inteligencia de su conformidad, cualesquiera que sean los términos en que la expresen.

*Spondes? Spondeo.* Esta es la fórmula del estricto derecho civil, la que se hallaba reservada para sólo los ciudadanos : no podia

pronunciarse en ninguna otra lengua sino en la latina (1). Respecto de las demas, desde el momento que se las ha hecho entrar en el derecho de gentes para las relaciones con los extranjeros, se ve hasta dónde ha llegado la consecuencia de este primer paso : se han admitido las lenguas extranjeras, no sólo el griego, sino tambien cualquiera otra ; y áun para el caso en que las partes no hablasen la misma lengua, aunque se entendiesen, se ha admitido que la interrogacion pudiera hacerse en una lengua y la respuesta en otra. Por lo demas, desde la constitucion de Leon, publicada en las calendas de Enero de 469, é inserta en el Código de Justiniano, no se ha tratado ya de términos formularios ni de expresiones solemnes. El contrato por palabras ó la estipulacion permanece, pero con tal que haya interrogacion y respuesta afirmativa y conforme, cualesquiera que sean los términos en que se haga, esto basta (2). En fin, verémos en breve que por efecto de las disposiciones de Justiniano la realidad misma de la interrogacion y de la respuesta pudo frecuentemente desaparecer de hecho : pues llegó á ser suficiente que el escrito extendido por las partes, como prueba del acto, acreditase que aquéllas habian tenido lugar (3).

El texto, en los párrafos que van á seguir, se ocupa en los modos de las estipulaciones (véase t. I, p. 610, el mismo punto respecto de los legados); y trata sucesivamente del término (*dies*), de la condicion (*conditio*) y del lugar (*locus*).

**II.** Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti : QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? idque *confestim peti potest.* In diem, cum adjecto die quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti : DECEM AUREOS PRIMIIS CALENDIS MARTIIS DARE SPONDES? Id autem *quod in diem stipulamur statim quidem*

2. Toda estipulacion se hace ó puramente, ó por término, ó bajo condicion : puramente, por ejemplo: ¿RESPONDES DE DARME CINCO SUELDOS DE ORO? Y en este caso se puede *pedirlos inmediatamente.* Por término, cuando se estipula fijando un dia para el pago, como, por ejemplo: ¿RESPONDES DE DARME DIEZ SUELDOS DE ORO EN LAS PRIMERAS CALEN-

(1) « Adeo propria civium romanorum est, ut ne quidem in græcum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a græca voce figurata esse. » Gay. Com. 3. § 93.

(2) Véanse los términos de esta constitucion : « Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositæ sunt, vel legibus cognitæ, suam habeant firmitatem. » (Cod. 8. 38. *de contrahenda et committenda stipulatione.* 10).— Es probable que áun ántes de esta constitucion del emperador Leon, ya la de los emperadores Constante y Constancio, suprimiendo radicalmente las fórmulas jurídicas en todos los actos (véase el Cod. 2. 58. 1 ; y la *Historia del derecho romano*, p. 193), habia tenido su influencia en cuanto á las palabras solemnes y formularias de la estipulacion.

(3) Tit. 19 § 12.

*debetur; sed peti priusquam dies venerit non potest.* Ac ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est eo die in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

DAS DE MARZO? *Lo que se estipula por término se debe al instante, pero no puede pedirse ántes de que fenezca el término.* Y áun la demanda no puede tener lugar en el dia en que fenezca el término, porque este dia debe quedar todo entero á la discrecion del deudor que debe pagar. En efecto, miéntras que no haya trascurrido este dia no se está en derecho para decir que el pago no se ha hecho en el dia prometido.

*Confestim peti potest.* Cuando la estipulacion es pura y simple, es decir, sin agregacion de término ni de condicion, la obligacion existe y es exigible en el mismo momento. El *dies cedit* y el *dies venit*, para usar la expresion técnica de los romanos, que ya hemos aplicado (t. I, p. 662), tienen lugar inmediatamente. «*Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies*», dice Ulpiano (1). «*Præsenti die pecunia debetur*», dice en otra parte (2). La accion que tiene por objeto ejecutar la obligacion podria intentarse al punto, y lo sería regularmente: «*confestim peti potest*», dice nuestro texto. Lo que no impide que, de hecho, el tiempo materialmente necesario para la ejecucion no haya de transcurrir, ó que áun en ciertos casos no se deba por temperamento conceder cierta latitud (3).

*Quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit non potest.* Sabemos que el término puede considerarse bajo dos aspectos (4): 1.°, con relacion al dia en que principiará el derecho á existir ó ser exigible (*dies a quo*); 2.°, con relacion á aquel en que el derecho tendrá fin (*dies ad quem*). El texto sólo examina aquí, con motivo de la estipulacion, el primero de estos términos (*a die* ó *ex die obligatio*; —*in diem stipulatio*); tratarémos del segundo bajo el párrafo siguiente.—En las obligaciones, el término no suspende la existencia del derecho, sino sólo su exigibilidad. La duda existe; sólo el pago se halla retardado: «*Præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio*», dice el ju-

(1) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.
(2) Dig. 45. 1. 41. § 1. f. Ulp.
(3) «*Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit.*» (Dig. 45. 1. 73. pr. f. Paul.).—Véanse los diversos ejemplos que da en este fragmento el jurisconsulto, é igualmente, Dig. 49. 3. *De solution.* 105. f. Paul.
(4) Véase *Generalizacion del derecho romano*, p. 98.— Y especialmente para las obligaciones, Dig. 44. 7. 41. § 1. f. Paul.

risconsulto Paulo (1), *Certum est debitum iri, licet post tempus petatur* (2), segun Gayo. Ó, para usar la expresion técnica, el *dies cedit* tiene lugar inmediatamente, pero el *dies venit* sólo tendrá lugar en el término fijado : « *Ubi in diem* (*quis stipulatus fuerit*) *cessit dies, sed nondum venit* » (3).—Una consecuencia patente de que la deuda existe inmediatamente (*statim quidem debetur*), es que lo que se hubiese pagado por error ántes de haberse cumplido el término, no podria reclamarse (4). Por el contrario, la consecuencia de que la exigibilidad no tiene todavía lugar es que la accion no sería regularmente intentada ántes de fenecer el término (*sed peti priusquam dies venerit non potest*) : el demandante que de esta manera se adelantase al tiempo fijado, incurriria en la pena de la plus-peticion (5).—Todo lo que acabamos de decir se aplica al término cierto (*dies certus*); pero, ¿qué se habrá de decir respecto del término incierto, *dies incertus?* El *dies incertus* puede tener lugar de dos maneras, segun que es incierto : 1.° *Si* el dia fijado no llegase nunca. 2.° *Cuando* llegue. En el primer caso, bajo la apariencia de un término, hay una verdadera condicion; por ejemplo, «*en el dia de vuestro casamiento*», porque es incierto que os caseis. En el segundo caso, ya hemos visto (t. I, p. 577 y 712) que el término incierto respecto de las instituciones de herederos y de los legados formaba condicion (*dies incertus conditionem testamento facit*), y hemos explicado los motivos ; pero no sucedia lo mismo respecto de las obligaciones. En éstas, el *dies incertus*, en el cual la incertidumbre recae únicamente sobre la época, y no sobre la existencia del hecho, es un verdadero término, y las consecuencias que acabamos de exponer respecto del *dies certus* deben aplicarse al primero (6). Tal es, por ejemplo, este término, *cum morieris*, ó *post mortem Titii*, porque es fuera de duda que morireis y que Ticio morirá ; sólo el tiempo es incierto : la deuda existe ; el pago únicamente se difiere (7).

---

(1) Dig. 45. 1. 46. pr.—Lo que dice Ulpiano en el fragmento 41. § 1, no debe entenderse en un sentido contrario ; sus expresiones sólo se refieren al pago.

(2) Gay. Com. 3. § 124.

(3) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.

(4) Dig. 12. 6. *De condictione indebiti.* 10. f. Paul. : « *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* » Véanse igualmente los fragmentos 17 y 18 de Ulp.

(5) Véase 4. 6. § 33.

(6) Así, la *condictio indebiti* no se aplica al pago que ha sido hecho por error ántes del término. Dig. 12. 6. 16. § 1. f. Pomp. — 17. 18. f. Ulp.

(7) Tambien, áun cuando se hubiesen empleado en la estipulacion términos que expresasen, en

III. Ad si ita stipuleris : DECEM AUREOS ANNUOS QUOAD VIVAM DARE SPONDES? et *pure facta obligatio* intelligitur et perpetuatur, quia *ad tempus deberi non potest;* sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

3. Si tú estipulas así : ¿ RESPONDES DE DARME DIEZ SUELDOS DE ORO AL AÑO MIÉNTRAS YO VIVA? *La obligacion se reputa pura y simple, y se perpetúa; porque no se puede deber por un tiempo.* Pero el heredero, si entabla demanda, será rechazado por la excepcion de pacto.

*Ad tempus deberi non potest.* Aquí se trata del término marcado para poner fin al derecho (*dies ad quem*) ; por ejemplo : *Usque ad calendas dare spondes?* Semejante término no se recibe en materia de obligacion.—En efecto, segun los principios romanos, una vez establecido el vínculo de derecho, subsiste hasta que intervenga un acto ó un hecho jurídicamente reconocido como medio de desligar, como medio de *solucion;* pues el simple transcurso de tiempo no podia producir este resultado. «*Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse: non magis quam legatum, nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi*» (1). ¿Qué sucederá, pues, si la estipulacion ha sido hecha en semejantes términos? Será como pura y simple: el deudor, á pesar del fenecimiento del término asignado, continuará siempre obligado (*et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur*). Pero como esta consecuencia del derecho estricto es inícua, el pretor le da para defenderse contra la accion del estipulante una excepcion, ya la de dolo (*dolo mali*), ya la que resulta de la convencion (*pacti conventi*). «*Plane post tempus, stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit*» (2). De aquí puede proceder una especie de obligacion de renta, pagadera periódicamente, ya por un tiempo determinado, ya para siempre.—El texto sólo nos da aquí un ejemplo particular de semejante término, y á él aplica las consecuencias que acabamos de exponer.—Por lo demas, el principio de que no se puede deber por un tiempo, verdadero en el estricto derecho civil, ha experimentado, sobre todo en el derecho pretoriano, muchas modificaciones, como verémos al tratar de las acciones temporales (3).

---

apariencia, una condicion, *si morieris*, no habria nunca más que un término, y sería absolutamente lo mismo que si se hubiese dicho *cum morieris.* Dig. 45. 1. 45. § 3. 1. Ulp.

(1) Dig. 44. 7. 44. § 1. f. Paul.

(2) Ibid.

(3) Lib. 5, tit. 12.

IV. Sub conditione stipulatio fit, cum *in aliquem casum* differtur obligatio, ut si aliquid *factum fuerit aut non fuerit*, stipulatio committatur; veluti: SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? Si quis ita stipuletur : SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO DARE SPONDES? *perinde erit ac si stipulatus esset cum morietur* sibi dari. Ex conditionali stipulatione *tantum spes est debitum iri*, *eamque ipsam spem in heredem transmittimus*, si priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

4. La estipulacion se hace bajo condicion, cuando la obligacion se halla subordinada á algun *acontecimiento incierto;* por manera que la estipulacion debe tener efecto *si tal cosa sucede ó no sucede;* por ejemplo : ¿SI TICIO LLEGA Á SER CÓNSUL, RESPONDES TÚ DE DARME CINCO SUELDOS DE ORO? Si alguno estipula : ¿SI YO NO SUBO AL CAPITOLIO, RESPONDES DE DARME? Es *como si hubiese estipulado que se le daria á su muerte.* De la estipulacion condicional nace *sólo una esperanza de obligacion, y el estipulante trasmite esta esperanza á sus herederos*, si muere ántes de cumplirse la condicion.

*In aliquem casum.* Este suceso debe ser futuro é incierto para constituir una condicion. *Futuro*, porque si ya se ha verificado, aunque sea desconocido de las partes (1), *incierto*, porque si debe necesariamente acontecer (2), la obligacion existe inmediatamente ; sólo hay un término directo ó indirecto. En efecto, sólo se difiere el pago : en el primer caso, hasta que el hecho realizado, pero desconocido, se haya averiguado; en el segundo hasta que el hecho, que debe necesariamente ocurrir, haya tenido lugar. Este hecho por lo demas puede depender ó del acaso, ó de la voluntad de una de las partes, ó del concurso de estas dos causas : se encuentran en los textos romanos, para estos tres casos diversos, las denominaciones de condicion casual (*casualis*), potestativa (*potestativa*), ó mixta (*mixta*) (3). La condicion puede ser potestativa de parte del promitente (4); pero si se halla de tal modo á su discrecion, de tal modo abandonada á su entera voluntad y á su antojo, que equivalga á decir *si quieres* (*si volueris*), no hay vínculo ninguno y la estipulacion es inútil. En este sentido es preciso interpretar los diversos pasajes que expresan el principio : « *Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione* », segun Ulpiano ; «*Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit* », segun Javoleno ; comparándolos con estos

---

(1) Véase § 6.

(2) «*Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo extitura est, pure videtur stipulari.*» (Dig. 46. 2. *de novat. et delegat.* 9. § 1. f. Ulp.) *Pure* se toma aquí en oposicion á la condicion solamente, y no al término.—Véase tambien en el Digesto 45. 1. 7. f. Ulp.

(3) Dig. Cod. 6. 51. *De caducis tollendis,* 1. § 7. f. Justin.

(4) Dig. 45. 1. 115. § 1. f. Papin.

otros fragmentos de Paulo : «*Illam autem stipulationem*, SI VOLUERIS DARI? *inutilem esse constat*» ; y de Pomponio : «*Sub hac conditione*, SI VOLAM, *nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis* (1).

*Factum fuerit aut non fuerit.* Estos dos casos opuestos corresponden á la distincion que hacen todavía los intérpretes en condiciones *afirmativas* ó *negativas*.

*Stipulatio committatur.* Ésta es una expresion técnica : la estipulacion es cometida (*committitur stipulatio*), y recibe definitivamente su efecto obligatorio por el cumplimiento de la condicion.

*Perinde erit ac si stipulatus esset, cum morietur*. Habrá semejanza, en el sentido de que el pago no podrá exigirse ántes de la muerte del promitente. No se recurriria aquí, como en el caso de institucion ó de legado, á la caucion Muciana (véase t. I, p. 714). En efecto, en materia de estipulacion hay que atenerse estrictamente á la obligacion que resulta de las palabras, miéntras que en materia de disposiciones testamentarias se habia buscado un medio favorable de llevarlas á efecto en tiempo útil.—Por lo demas, entre esta estipulacion, *si in Capitolium non ascendero*, y esta, *cum moriar*, hay la diferencia capital de que la primera es condicional, y la segunda sólo de término, porque el hecho es incierto en la una (si el estipulante sube al Capitolio, nunca habrá habido obligacion), miéntras que no admite duda en la otra.

*Tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus.* Cuando ha tenido lugar una estipulacion condicional, ¿hay desde el instante un vínculo de derecho, un acreedor y un deudor, ó hasta el cumplimiento de la condicion no hay nada de esto? Esta es una dificultad que debe resolverse, y que á la verdad consiste más bien en las palabras que en las cosas.—Bajo un aspecto, hallándose la promesa subordinada á la condicion de tal modo que si ésta llega á faltar nada deberá el promitente, y se reputará que nunca ha debido nada, se puede decir con el texto que miéntras que la condicion se halle en suspenso, no existe la obligacion objeto de la promesa, y hay sólo esperanzas de obligacion (*tantum spes est debitum iri*). Ó en términos técnicos, no tienen todavía lugar ni el *dies cedit* ni el *dies venit*: «*Ubi sub conditio-*

---

(1) Dig. 45. 1. 17 f. Ulp.—108. § 1. f. Javol.—46. § 2 y 3. f. Paul.—44. 7. 8. f. Pomp.—Compárense : Dig. 31. (*De legatis. II*). 3. f. Paul.—32. (*De legatis. III*). 11. § 7. f. Ulp.

*ne, quis stipulatus fuerit neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione»* (1). Tambien el pago que hubiese sido hecho por error en este estado podia ser reclamado por la *condictio indebiti*, porque la cosa no era debida: «*Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione, repetitur; conditione autem existente, repeti non potest*» (2).—Bajo otro aspecto, por el contrario, no se puede negar que una vez que hayan tenido lugar la estipulacion condicional y la promesa conforme, el promitente no se encuentra ménos libre que ántes; es verdad que se halla ligado por la eventualidad de un hecho futuro é incierto, pero al fin se halla ligado bajo dicha eventualidad. Por eso los jurisconsultos romanos no vacilan en decir que el estipulante es acreedor: «*Eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione, creditorem esse*» (3). Le concede medidas conservadoras en garantía de sus derechos eventuales, tales como la toma de posesion y la separacion de los patrimonios (4). En fin, y esto es bien importante considerarlo, el derecho que resulta de la estipulacion condicional se halla adquirido tal como es, es decir, eventualmente, pero en el *instante mismo*, por parte del estipulante. En su consecuencia, si este estipulante es un hijo de familia, ó un esclavo, el beneficio de la estipulacion condicional lo adquiere el jefe de familia ó el señor que tuviese el esclavo en el momento mismo de la estipulacion, y no al tiempo en que realizase la condicion (5). Y si el estipulante llega á morir ántes de cumplirse la condicion, no deja por eso de transmitir á su heredero el derecho eventual que ha adquirido: «*Ipsam spem in heredem transmittimus*» (6). —Es preciso, pues, observar bien la diferencia radical que existe entre las consecuencias del *dies cedit* en materia de legados y las del mismo en materia de obligaciones. En materia de legados, miéntras que el *dies cedit* no ha tenido lugar (es decir, en el caso del

(1) Dig. 50. 16, *De verbor. signif.*, 213, pr. f. Ulp.

(2) Dig. 12. 6. *De cond. ind.* 16. pr. f. Pomp., 43. f. Cels. — 46. 3. *De solut. et liberat.* 38. § 3. f. Afric.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 42. pr. f. Ulp. — «*Conditionales creditores* dicuntur et hi quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent ut competat.» (Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 54. f. Ulp. — Acreedor *condicional*, obligacion *condicional*, pero, sin embargo, obligacion.

(4) Dig. 42. 4. *Quib. ex caus. in possess.* 6. pr. f. Paul. — 42. 6. *De separat.* 4. pr. f. Papin.

(5) Dig. 45. 1. 78. f. Paul.: «*Si filiusfamilias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, de inde extiterit conditio: patri actio competit. Quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.*» —El mismo principio sacado del mismo jurisconsulto se repite: Dig. 50. 17. *De divers. reg. jur.* 144. § 1.— 45. 3. *De stipulatione servorum*, 26. f. Paul.

(6) 45. 1. 57. f. Julian.—18. 6. *De pericul. et commod.* 8. pr. f. Paul.

legado condicional, miéntras que no sea cumplida la condicion), nada se adquiere, nada se fija en cabeza del legatario: si muere ántes de cumplirse la condicion, nada transmite á sus herederos; si es esclavo ó hijo de familia, adquiere el legado el señor ó el jefe que tuviesen en el momento de cumplirse la condicion. En materia de obligaciones, acabamos de ver que se decide absolutamente lo contrario (1), aunque para la obligacion condicional el *dies cedit* no tenga lugar igualmente que al cumplimiento de la condicion. Sería, pues, un grave error asimilar en sus efectos el *dies cedit* con respecto á las obligaciones, al *dies cedit* con respecto á los legados. — Una vez realizada la condicion, tenía un efecto retroactivo, y se trasladaba, para la determinacion de los derechos, al instante mismo en que la estipulacion hubiese ocurrido: « *Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*» (2).

V. Loca enim inseri stipulationi solent, veluti: CARTHAGINE DARE SPONDES? Quæ stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen *re ipsa habet tempus* injectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur: HODIE CARTHAGINE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, *cum impossibilis sit repromissio.*

5. Es de uso insertar en la estipulacion la indicacion de un lugar, como por ejemplo: ¿RESPONDES TÚ DE DARME EN CARTAGO? Esta estipulacion, aunque sea hecha puramente, contiene, *por la fuerza misma de las cosas, un plazo*, el necesario al promitente para dar en Cartago. Por consiguiente, si alguno estipula así en Roma: ¿RESPONDES DE DARME HOY EN CARTAGO? La estipulacion es inútil *siendo imposible la cosa prometida.*

*Re ipsa habet tempus.* Ulpiano, Paulo y Venuleyo expresan el mismo principio (3). El último pregunta cómo se fijará el plazo. Á arbitrio del juez: «*Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad virum bonum remittamus*» (4).

*Cum impossibilis sit repromissio.* La imposibilidad del hecho estipulado produce la nulidad (5). Gayo supone una combinacion, en la cual habiendo el estipulante y el promitente, cada uno por

(1) Véase por qué Ulpiano dice que en el legado condicional, aquel á quien ha sido hecho, en tanto que la condicion se halla en suspenso, no es acreedor, miéntras que en la estipulacion condicional el estipulante es acreedor en el instante mismo (Dig. 44. 7. 42).

(2) Dig. 20. 4. (*Qui potior in pignor.*). 11. § 1. f. Gay. — 46. 3. *De solut. et liberat.* 16. f. Pomp.

(3) Dig. 45. 1. 41. § 1. f. Ulp., y 73. pr. f. Paul. — 13. 4. *De eo quod certo loco dari oportet.* 2. § 6. f. Ulp.

(4) Dig. 45. 1. 137. § 2. f. Venul.

(5) Dig. 45. 1. 35. pr. f. Paul.

su parte, prevenido ántes á sus apoderados en Cartago, que entregase el uno y recibiese el otro en tal dia, no habria ya imposibilidad : desde entónces tampoco habria nulidad (1).

VI. Conditiones quæ ad præteritum vel præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: SI TITIUS CONSUL FUIT, vel SI MÆVIUS VIVIT DARE SPONDES? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet; quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

6. Las condiciones que se refieren á un tiempo pasado ó presente, infirman ó vician inmediatamente la obligacion, ó no la suspenden en manera alguna; por ejemplo : ¿SI TICIO HA SIDO CÓNSUL Ó SI MEVIO VIVE, RESPONDES DE DARME? Porque si estos hechos no son verdaderos, la estipulacion es nula; si son verdaderos, es válida inmediatamente. En efecto, lo que es cierto en la naturaleza de las cosas, aunque incierto para nosotros, no suspende la obligacion.

Hallándose el hecho cumplido, y sólo desconocido, únicamente en la expresion se halla esta apariencia de una condicion; pues en el fondo la estipulacion es pura y simple (2), aunque con el plazo tácitamente necesario para que se acredite la existencia del hecho. Bien entendido que es preciso que este hecho sea capaz, por su naturaleza, de poder ser conocido por los hombres (3).

VII. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, *ne quantitas stipulationis in incerto sit*, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit. Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici pœna debet : SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda : SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES?

7. La estipulacion puede tener por objeto no sólo cosas sino tambien hechos; de tal modo, que podamos estipular que alguna cosa será hecha ó no. En semejante estipulacion será muy oportuno añadir una cláusula penal, por temor de que la *cantidad de bienes del estipulante no quede incierta*, y que éste no se vea obligado á establecer esta cantidad por pruebas. Por consiguiente, si alguno estipula que se hará alguna cosa, deberá añadir : ¿SI ESTO NO SE HACE, RESPONDES TÚ DE DARME DIEZ SUELDOS DE ORO Á TÍTULO DE PENA? Pero si por una sola interrogacion se estipula hacer ciertas cosas y no hacer otras, deberá añadírsele una cláusula, concebida en estos términos : ¿SI CONTRA ESTAS PROHIBICIONES SE HACE ALGUNA COSA, Ó SI ALGUNA DE ESTAS COSAS NO SE HACE, RESPONDES DE DARME DIEZ SUELDOS DE ORO Á TÍTULO DE PENA?

(1) Dig. 45. 141. § 4. f. Gay.
(2) Dig. 45. 1. 100. f. Modest.; 120. f. Papin.—12. 1. *De reb. credit.* 37 y 39. f. Papin.
(3) Dig. 12. 1. 38. f. Scevol.

Podemos estipular, respecto de las cosas, ya la *dacion*, es decir, la traslacion de la propiedad; ya uno cualquiera de sus fragmentos; ya cualquiera otra *prestacion;* y respecto de los hechos, actos que hacer ó no hacer (*aliquid fieri vel non fieri*). Estas tres palabras : *Dare*, *facere*, *præstare*, comprenden la generalidad de los casos. Hablando los textos de las estipulaciones, sólo citan las dos primeras ; así en el *principium* de nuestro título se dice : «*verbis obligatio contrahitur cum quid* DARI FIERIVE *estipulamus*»; en la definicion que da Pomponio de la estipulacion, «*is qui interrogatur* DATURUM FACTURUMVE *se quod interrogatus est responderit*» (1); y en fin, en esta clasificacion de Paulo : «*stipulationum quædam* IN DANDO, *quædam* IN FACIENDO *consistunt*» (2).—Se puede estipular una cosa incorpórea, como, por ejemplo, una servidumbre (*viam*, *iter*, *actum stipulamur*) (3); en este caso la estipulacion sólo tiene por objeto la traslacion de una desmembracion de la propiedad.—Tambien se puede colocar una obligacion de esta naturaleza en una estipulacion de *no hacer;* por ejemplo, de no hacer nada que me impida pasar por tu fundo. Igualmente la entrega de la posesion de una cosa se halla comprendida en una estipulacion de hecho : «In faciendo, veluti, *fossam fodiri*, *domum ædificari*, *vacuam possessionem tradi;* in non faciendo, veluti : *per te non fieri*, *quominus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri quominus mihi hominem Erotem habere liceat*» (4).—Y áun si se llega á un análisis sutil, se verá que no teniendo los contratos el efecto, entre los romanos, de producir derechos reales, áun las obligaciones de dar en propiedad (*dare*) contienen siempre en sí una obligacion de hacer, á saber, la obligacion de hacer los actos necesarios para la traslacion de la propiedad. Con todo, en este caso, para calificar la estipulacion, es preciso fijarse únicamente en la cosa que, en último análisis, es objeto definitivo de ella ; y se dice, hablando de las obligaciones de dar, «*res in stipulatione deducitur*», miéntras que se comprenden las demas prestaciones en las estipulaciones de hechos (*facta*).

El objeto de la estipulacion puede ser cierto (*certum*) ó incierto (*incertum*), de donde procede la calificacion que aún se aplica á

(1) Dig. 45. 1. 5. § 1. f. Pomp.
(2) Dig. 45. 1. 2. pr. f. Paul.
(3) Ib. § 1.
(4) Dig. 45. 1. 75. § 7. f. Ulp.

las estipulaciones de estipulaciones ciertas ó inciertas : «*Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ*» (1).—El objeto es cierto cuando lo que se deduce en la estipulacion aparece en su misma enunciacion determinado en su individuo, ó al ménos en su género, en su calidad y en su cantidad : « *Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet*, QUID, QUALE, QUANTUMQUE *sit;* como diez sueldos de oro, el fundo Tusculano, el esclavo Estico, cien medidas de trigo de África de la mejor calidad ó cien ánforas de vino de Campania del más exquisito» (2).—Desde el momento que no aparece en la misma enunciacion lo que ha sido estipulado, su calidad y cantidad, la estipulacion es incierta : « *Ubi autem non apparet*, QUID, QUALE, QUANTUMQUE *est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est*»; como, por ejemplo, un fundo de tierra entre muchos, un esclavo, tanto vino ó tanto trigo, sin designar la calidad, ó áun cien medidas de buen trigo de Africa, cien ánforas de buen vino de Campania, porque en la bondad hay muchos grados; lo que nazca de la esclava Aretusa, ó los frutos que produzca el fundo Tusculano (3).—En todos los casos en que el objeto de la estipulacion consista en un hecho, que se haya ó no de hacer, la estipulacion es incierta : « *Quid id quod in faciendo, aut non faciendo stipulatur incertum stipulari videtur*» (4), porque el interes que tiene el promitente en que el hecho tenga ó no lugar, no se manifiesta por la enunciacion misma de la estipulacion; luégo en caso de negativa ó de contravencion del promitente, en este interes se resuelve en el último caso la condena (*quia id venit in stipulationem, quod mea interest*) (5).—En fin, la estipulacion de cualquiera otra prestacion que no sea la de la traslacion de propiedad, como, por ejemplo, la estipulacion del usufructo de un fundo, áun cierto y determinado, de una servidumbre cualquiera, de la entrega de la posesion, de la entrega de una cosa en mutuo ó en comodato, prestaciones todas que los romanos com-

(1) Dig. 45. 1. 74. f. Gay.

(2) Dig. 45. 1. 74. f. Gay.—La definicion dada por Paulo recae en lo mismo : «*Certum est, cujus species vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demostratione quæ nomine vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur*.» Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 6. f. Paul.

(3) Dig. 45. 1. 75. pr. y §§ 1, 2 y 4.—Hay puntos en que la distincion se hace muy delicada y muy sutil, como lo reconoce el mismo Ulpiano. Así esta estipulacion : *Vinum (aut oleum, vel triticum) quod in horreo est*, es cierta ; y éstas : *Quod mihi Sejus debet; quod ex testamento mihi debes*, son inciertas, áun en el caso en que fuese cierto el objeto debido por Seyo ó en virtud del testamento (Ib. §§ 5 y 6).

(4) Ibid. § 7.

(5) Dig. 45. 1. 68. f. Paul. ; 72. pr. f. Ulp.—42. 1. *De judicata*. 13. f. Cels.

prendian en las estipulaciones de hacer ó de no hacer, son tambien inciertas (1). De tal manera, que en suma no hay más estipulacion cierta que la de la *dacion* ó traslacion en propiedad de una cosa determinada por la misma enunciacion, ya en su individuo, ya en su género, calidad y cantidad.—La cuestion de saber si la estipulacion era *cierta* ó *incierta* era importante para determinar la accion á que daba lugar esta estipulacion, como vamos á explicar inmediatamente.

*Ne quantitas stipulationis in incerto sit.* Desde el momento en que la cláusula penal fija la dacion de una suma determinada para el caso de no ejecucion del hecho ó de contravencion, la estipulacion, de incierta que era, se hace cierta, y da orígen, por consiguiente, á la accion que resulta de una estipulacion cierta.

## ACCIONES QUE NACEN DE LAS ESTIPULACIONES.

Para la estipulacion lo mismo que para el *mutuum*, contrato cuyo orígen asciende á los primeros tiempos del derecho civil, hay una accion, la *condictio*, que figuraba en otro tiempo en el número de las acciones de la ley, que sirve para reclamar la ejecucion de la obligacion, debiendo entenderse tal como ha sido transformada sucesivamante por las variaciones del procedimiento (2). Accion de derecho estricto (*stricti juris*), que no admite temperamento de equidad de parte del juez ni obligacion sinalagmática (*ultro citroque obligatio*) entre las partes.—Pero hay esta diferencia entre el *mutuum* y la estipulacion, que en el *mutuum* el objeto de la obligacion es siempre *cierto*, miéntras que en la estipulacion puede ser *cierto* ó *incierto;* circunstancia que modifica la condicion que debe emplearse.

En efecto, cuando la estipulacion es cierta, da lugar á la *condictio* propiamente dicha, calificada, para mayor precision, de *condictio certi.* En esta accion la *intentio* de la fórmula enunciaba especialmente el objeto *cierto* de la obligacion : SI PARET SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE;— SI PARET HOMINEM STICHUM, Ó FUNDUM

(1) Dig. 45. 1. 75. § 3. f. Ulp.: «*Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse.*»—Dig. 8. 2. *De servit. præd. urban.* 35. f. Marcian.—45. 1. 75. § 7. 72. pr. y § 1. f. Ulp.; 68. f. Paul.

(2) Gay. Com. 4. §§ 18, 19, 20 y 32.

TUSCULANUM, DARE OPORTERE (1). Y hallándose el objeto así determinado por la misma enunciacion, el pretor, indicando al juez la condenacion que, como sabemos, debia siempre de ser pecuniaria (*Generalizacion del derecho romano*, p. 146), estaba en el caso de precisar aquélla en una suma determinada; lo que, por lo ménos, tenía siempre lugar cuando la obligacion era de una cantidad cierta de dinero (*certa pecunia*) (2).

Cuando la estipulacion es incierta da lugar á la *condictio incerti*, en la que la *intentio* de la fórmula se hallaba necesariamente redactada de un modo general: QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE (3); y en la que, hallándose el objeto indeterminado, el pretor, al indicar al juez la condenacion, podia, cuando más, fijarle un *maximum* (*taxatio*), dejando lo demas á su juicio: DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE (4).

La accion de la ley *condictio* no habia sido introducida al principio por la ley SILIA (se conjetura que fuese el año 505 de Roma) sino para las obligaciones de sumas ciertas de dinero (*certæ pecuniæ*); despues se extendió por la ley CALPURNIA (año 520 de Roma) á cualquier otro objeto cierto (*de omni certa re*) (5). En fin, cuando la *condictio* hubo pasado, transformándose, al sistema formulario, se aplicó aún á las obligaciones de objetos inciertos. Llegada á este punto, para todos los casos en que se estuviese en los términos del antiguo derecho civil, es decir, cuando el objeto era cierto, conservó la accion el nombre propio de *condictio*, ó para mayor precision, *condictio certi*. En los casos, por el contrario, que hubiesen sido introducidos con posterioridad, es decir, cuando el objeto era incierto, la accion, aunque designada bajo la denominacion genérica de *condictio incerti*, tomó en particular el nombre de cada suceso que á ella habia dado orígen. Así se llamó *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, etc., segun que procedia de una estipulacion ó de un testamento, etc., imitando en esto las acciones del derecho de gentes (*actio commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, *empti venditi*, *locati conducti*, *pro socio mandati*), á las que se ase-

(1) Gay. Com. 4. § 41.
(2) Gay. Com. 4. § 50.
(3) Gay. Com. 4. § 50. — Hallamos la fórmula precisada por medio de la *demonstratio* para el caso especial de estipulacion en estos términos: JUDEX ESTO; QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTET, etc. Gay. Com. 4. § 136.
(4) Gay. Com. 4 § 51.
(5) Gay. Com. 4. § 19.

mejaba mucho más que la *condictio certi.* — Así se explica por qué la denominacion de accion *ex stipulatu* se reservaba especialmente á los casos de estipulaciones de objetos inciertos, aunque se le halle, sin embargo, muchas veces empleada en los textos, áun para estipulaciones ciertas (1). Pero entónces el jurisconsulto ó el emperador se expresan de un modo ménos técnico.

## TITULUS XVI.

### DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITENDI.

## TÍTULO XVI.

### DE LOS COESTIPULANTES Y DE LOS COPROMITENTES.

El mecanismo de la estipulacion era tal entre los romanos, que para el mismo objeto de obligacion era posible que interviniesen, ya muchos estipulantes, ya muchos promitentes. Y esto podia tener lugar de dos maneras muy distintas:

1.° De modo que desde luégo todas las interrogaciones de una parte, y en seguida la promesa comun ó todas las promesas de la otra, se completen conjuntamente una por otra; y aunque muchos hayan sido interrogados ó muchos hayan respondido, no hagan en definitiva más que un solo y único acto completo, conteniendo interrogaciones y respuesta conforme. Se dice entónces que hay dos ó muchos coestipulantes (*duo rei stipulandi*), dos ó muchos copromitentes (*duo rei promittendi*), llamados, como hallamos una sola vez, en un fragmento de Ulpiano, *conrei* ó *correi* (2).

2.° De modo que habiendo tenido lugar y formando obligacion completa en sí misma y principal una primera estipulacion, seguida de una respuesta conforme, interviene, para asegurarla y fortificarla, un nuevo contrato por palabras, distinto, pero accesorio, en el cual el mismo objeto — ó sea estipulado del mismo deudor por un segundo estipulante, en calidad de adjunto al primero (lo que se llama un *adstipulator*) (3); — ó sea prometido al mismo acreedor por un segundo promitente, que responda del primero (era lo que se llamaba en general *adpromissor*) (4), y de

---

(1) Por ejemplo: Dig. 17. 2. *Pro socio*, 42. f. Ulp. — 19. 1. *De act empt. et vend.* 28. f. Jul. — 45. 1. 83. § 6. f. Paul. —Cod. 2. 3. *De pact.* 7. const. de Anton.; y 14. const. de Gordian. — 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alejand., etc.

(2) Dig. 34. 3. *De libert. legat.* 3. § 3. f. Ulp.

(3) Gay. Com. 3 §§ 110 y sig.

(4) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 5. § 2. f. Pomp. — 46. 3. *De solut.* 43. f. Ulp.

que se distinguian muchas clases: (el *sponsor*, el *fidepromissor* y el *fidejussor*) (1).

En el primer caso no hay más que un solo y único contrato por palabras, compuesto de diversos elementos. — En el segundo hay muchos contratos por palabras, el uno principal y los otros accesorios (2). Así las expresiones *conrei* para un caso, *adstipulator, adpromissor* para el otro, corresponden perfectamente á la idea. La una designa el concurso, la cooperacion; las demas sólo la adjudicacion, lo accesorio. Pero en los dos casos las diversas estipulaciones ó promesas tienen todas un solo y único objeto de obligacion.

Aquí nos ocuparémos con el texto de los *duo rei stipulandi* ó *promittendi;* y en el título XX tratarémos de las diversas clases de *adpromissores.*

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si, post omnium interrogationem, promissor respondeat: SPONDEO; ut puta, cum duobus separatim stipulantibus, ita promissor respondeat: UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. Nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei promittendi ita fiunt: MÆVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? Si respondent singuli separatim: SPONDEO.

Dos ó muchas personas pueden ser parte conjuntamente en la estipulacion ó en la promesa. En la estipulacion, si despues de la interrogacion de todos, responde el promitente: SPONDEO; por ejemplo, cuando habiendo estipulado separadamente dos personas, el promitente responde: RESPONDO DE DAR Á CADA UNO DE VOSOTROS. Porque si responde primero á Ticio, y en seguida, despues de la interrogacion del otro, responde tambien, habrá dos obligaciones distintas, y no dos coestipulantes. Dos ó muchos copromitentes se dan á conocer así: MEVIO, ¿RESPONDES DE DARME CINCO SUELDOS EN ORO? SEYO, ¿RESPONDES DE DARME LOS MISMOS CINCO SUELDOS DE ORO? Respondiendo cada uno de ellos separadamente: YO RESPONDO.

El mecanismo es fácil de precisar y de determinar. Se deduce del principio de que desde el momento en que una interrogacion ha sido seguida de una promesa conforme, se considera formado el contrato por palabra; de donde se deduce que si las interrogaciones fuesen separadas y seguidas cada una de una respuesta, habria otros tantos contratos, otros tantos créditos y deudas distin-

(1) Gay. Com. 3. §§ 115 y sig.
(2) Gay. Com. 3. § 126.

tas é independientes. Para obtener el resultado propuesto es preciso, pues, que todas las interrogaciones tengan primero lugar (ya que muchos deben interrogar, y que uno solo debe interrogar á muchos), y que en seguida se dé la respuesta comun, ó todas las respuestas sucesivas, si hay muchos promitentes. De esta manera todas las estipulaciones forman, por decirlo así, un haz, al que corresponde la promesa comun ó el haz de todas las promesas. El acto es sólo un todo, aunque compuesto de múltiples elementos.

I. Ex hujus modi obligationibus, et stipulantibus *solidum* singulis debetur, et promittentes singuli *in solidum* tenentur. In utraque tamen obligatione *una res vertitur*, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat.

1. Por consecuencia de tales obligaciones, la cosa estipulada se debe en su totalidad á cada uno de los estipulantes, ó en *su totalidad* por cada uno de los promitentes. Sin embargo, en una y en otra obligacion no hay más que una cosa debida; y el pago, sea recibido por uno solo ó sea hecho por uno solo, destruye la obligacion para todos los acreedores, y deja libres á todos los deudores.

La cosa debida lo es, en el caso de muchos coestipulantes, á cada uno de ellos en su totalidad (*in solidum*); y en el caso de muchos compromitentes, por cada uno de ellos en su totalidad (*in solidum*). Obsérvese que ésta es una consecuencia forzosa de la naturaleza del contrato por palabras. No podia suceder de otra manera segun el espíritu del estricto derecho civil romano: desde el momento en que las interrogaciones y las promesas han tenido lugar de la manera expuesta en el párrafo precedente, cada uno de los acreedores ha estipulado, y le ha sido prometida la cosa en su totalidad; cada uno de los deudores ha prometido la cosa en su totalidad: no es necesario investigar la intencion; bastan las palabras: la cosa, pues, es debida á cada uno de ellos, ó por cada uno de ellos, en su totalidad (1). — Pero lo es una sola vez, por-

(1) En el fragmento de Papiniano (Dig. 45. 2. *De duobus reis constituendis.* 11. §§ 1 y 2), el jurisconsulto es consultado acerca de un escrito (*cautio*), acreditando que habian tenido lugar estipulaciones entre muchos; pero el escrito no expresa bastantemente que hayan tenido lugar de la manera necesaria para formar la obligacion *in solidum*. Por consiguiente, Papiniano decide que los diversos estipulantes ó los diversos promitentes no tienen derecho ó no están obligados cada cual sino á una parte viril (*virilem partem*). Pero este texto no es ménos notable, en cuanto nos prueba que las estipulaciones y las promesas habrian podido ser concebidas de un modo capaz de producir, no ya obligacion *in solidum*, sino obligacion por partes viriles. Por ejemplo, segun toda probabilidad, para servirnos de la especie de Papiniano, si el estipulante, dirigiéndose á muchos colectivamente, hubiese dicho: «*Antoninus Achilleus et Cornelius divus, centum dare spondetis?*» — Respuesta: «*Spondemus.*»

que ha sido estipulado y prometido un solo y único objeto para todos; hay en el contrato unidad del objeto de obligacion (*una res vertitur*, segun nuestro texto, *una et summa est*, segun Ulpiano). — De esta expresion *in solidum* ha venido entre nosotros la denominacion de obligacion *solidaria*, de acreedores ó deudores *solidarios* (1), dada á este género de obligacion.

En esta combinacion particular del contrato por palabras hay muchas obligaciones: ¿tantas como coestipulantes y tantas como copromitentes? ¿Ó no hay más que una sola? Muy comunmente se establece como principio fundamental que no hay más que una sola obligacion. Este aserto es inexacto; y ademas, léjos de poder explicar todas las consecuencias jurídicas del contrato, parecerá en armonía con algunas, pero en contradiccion manifiesta con otras. La verdad es que es preciso distinguir, segun el aspecto bajo el cual se mira el contrato. — Si se le considera bajo el aspecto de objeto de obligacion, es cierto que no hay más que un objeto: la misma cosa se debe á cada uno ó por cada uno en su totalidad, y se debe una sola vez. Véase en qué sentido han podido decir los jurisconsultos que no hay más que una obligacion; véase como al tratar esta materia puede uno hallarse movido á usar en singular la palabra obligacion; véase cómo se la halla efectivamente en singular en muchos fragmentos de Javoleno, Ulpiano y Juliano (2). — Pero si se considera el contrato bajo el aspecto de las personas que forman el sujeto activo ó pasivo del derecho; si se refiere, sobre todo, á la naturaleza de la obligacion, que iba acompañada de la idea de un vínculo, de una ligadura, de una relacion jurídica entre el acreedor y el deudor, se conseguirá que en el caso, por ejemplo, de muchos coestipulantes, el promitente se halle ligado á cada uno de ellos, que haya, pues, tantos vínculos, tantas obligaciones como coestipulantes, y que suceda lo mismo que en el caso de muchos copromitentes, cada uno de los cuales esté ligado con el acreedor. Así los jurisconsultos romanos enuncian expresamen-

---

(1) La palabra *solidario*, aunque algo usada en nuestros dias, no es castiza, ni se halla admitida en nuestro foro, ni entre nuestros buenos escritores de derecho. Entre nosotros se dice: obligacion contraida de mancomun, en mancomun ó mancomunadamente; deudores ó fiadores mancomunados, etc. En los instrumentos públicos se usan como sinónimas expresiones: mancomun é *in solidum*. (N. del T.)

(2) «Cum duo eandem pecuniam aut promisserint, aut stipulati sunt.... petitione, acceptilatione unius, *tota solvitur obligatio.*» (Dig. 45. 2. 2. f. Javol.) — «Utique enim, *cum una sit obligatio*, una et summa est.» (Ib. 3. § 1. f. Ulp.) Es preciso confesar que habria sido más exacto trastornar la proposicion. — Ibid. 6. § 3. f. Julian «*obligationem* reorum; contrarius *obligationi.*»

te esta multiplicidad de obligaciones desde el momento que consideran el contrato bajo el aspecto de las personas : «*Nam etsi maxime parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque persona, propria singulorum consistit obligatio*», dice textualmente Papiniano (1); — «*Duas obligationes eum sustinere dicendum est*», dice tambien Venuleyo hablando del caso en que, ya uno de los dos copromitentes, ya uno de los dos coestipulantes, heredase al otro (2). Todos estos vínculos, todas estas obligaciones se hallan en verdad en una conexion, en una dependencia una de otra, pues tienen un solo y único objeto; pero la conexion no es tal que no pueda suceder que una de estas obligaciones sea nula (por ejemplo, si uno de los coestipulantes ó de los copromitentes fuese incapaz), quedando válidas las demas; ó que una sea disuelta y que las demas continúen subsistiendo : prueba evidente de que, aunque idénticas y reunidas en cuanto al objeto, son múltiples y distintas en cuanto á las personas. — Estos dos principios, que se completan uno por otro, sirven para expresar racionalmente las reglas de este género de obligacion. En suma, de lo dicho puede deducirse que toda causa de nulidad ó de disolucion que recaiga sobre el mismo objeto (*in rem*) anulará ó disolverá todas las obligaciones ; miéntras que las relativas exclusivamente á tal ó cual persona sólo producirán efecto respecto de la obligacion relativa á esta persona.

Así, por ejemplo, si el objeto está pagado (*solutio*) ó declarado solemnemente por pagado (*acceptilatio*), ó si hay novacion (*novatio*), ó cualquiera otro acto considerado como equivalente al pago, todas las obligaciones quedan disueltas (3). — Si, por el contrario, uno de los deudores, por ejemplo, está exento de la obligacion por disminucion de cabeza (4), ó si sólo ha intervenido un pacto de entrega hecho por uno de los coestipulantes en favor de uno de los

---

(1) Dig. 45. 2. 9. § 2. f. Papin.

(2) Dig. 45. 2. 13. f. Venul.

(3) Dig. 45. 2. *De duobus reis consittuendis*, 2. f. Javol., y f. Ulp. — 16. 4. *De acceptilatione*, 16. f. Ulp. — 12. 2. *De jurejurando*, 27. f. Gay. y 28. pr. f. Paul. — En el caso de muchos coestipulantes, se ha controvertido la cuestion de saber si uno de ellos podia por renovacion dejar libre al deudor. Affirm. Dig. 46. 2. *De novat*. 31. § 1. f. Venul. — Negat. 2. 14. *De pactis*, 27. pr. f. Paul. — En el caso de muchos copromitentes, para la cuestion análoga, es decir, la de saber si la novacion hecha por el acreedor con uno de los deudores deja libre á los demas, no parece que la afirmativa pueda ponerse en duda. Dig. 16. 1. *Ad sen. cons. Vellejanum*, 8. § 11. f. Ulp. y 20. f. Afric.

(4) Dig. 45. 2. 19. f. Pomp.

copromitentes (1), los efectos de estos hechos están limitados al derecho de las personas á que se refieren, y la obligacion de las otras continúa subsistiendo.

En el caso de muchos coestipulantes, cada uno de ellos tiene accion á la totalidad (*in solidum*) contra el deudor comun; pero desde el momento que uno de ellos ha gestionado, ya no pueden hacerse ni pago ni ofrecimientos válidos á los demas (2).—Por el contrario, en el caso de muchos copromitentes el acreedor tiene accion contra cada uno de ellos por la totalidad (*in solidum*), y puede elegir, para dirigirse contra él, á aquel que mejor le parezca (3). ¿Pero desde el momento que hubiese procedido contra uno de ellos, los demas copromitentes quedaban libres? Los fragmentos de los jurisconsultos, tales al ménos como se hallan insertos en el Digesto, no parecen de acuerdo en este punto en lo que concierne al antiguo derecho (4). Es preciso acerca de esto recordar que bajo el sistema del procedimiento formulario, en las acciones *in personam*, calificadas de *legitima judicia*, en la parte del procedimiento llamado *litis contestatio*, se verificaba una novacion (5). Desde entónces, y por efecto de esta novacion, los copromitentes, distintos de aquel que de ella era causa, quedaban libres. Bajo el imperio de Justiniano, en cuya época hacía ya largo tiempo que no existia el procedimiento formulario, cambió el sistema; y hallamos en el Código una Constitucion de este príncipe que decide terminantemente que el acreedor, persiguiendo á uno de los copromitentes no libra á los demas, sino que conserva contra cada uno de ellos todas sus acciones, hasta que haya sido completamente satisfecho (6).

Fuera de las relaciones de acreedor á deudor que acabamos de examinar, hay todavía que arreglar, en este género de contratos,

---

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 21. §§ 5, 25 y 27. pr. f. Paul. — Pero si el pacto de entrega intervenido entre el acreedor y uno de los copromitentes es lo que los romanos llaman *in rem*, es decir, general, y no sólo en favor de la persona, aprovecha á todos los deudores.

(2) Dig. 45. 2. 16. f. Gay. — El motivo es que la cosa, objeto de la obligacion, se halla en su totalidad deducida *in judicio*. Dig. 46. 2. *De novat*. 31. § 1. f. Venul.

(3) Dig. 45. 2. 3. § 1. f. Ulp. — Cod. 8. 40. *De duobus reis stip. et prom.* 2 y 3. const. de Diocl. y Maxim.

(4) Para la liberacion de los demas copromitentes: Dig. 45. 2. 2. f. Javol. — 21. 2. *De eviction*. 51. § 4. f. Ulp. — 45. 1. *De verb. oblig.*, 116, Paulo sobre un fragmento de Papiniano. — Se opone: Dig. 30. (*De legatis. I.*) 8. § 1. f. Pomp. — 16. 3. *Deposit*. 1. § 43. f. Ulp., donde sólo se trata de depósito.

(5) Gay. Com. 3. § 180.

(6) Cod. 8. 41. (*De fidejuss.*) 28. const. de Justinian.

las relaciones de los diversos coestipulantes entre sí, ó de los diversos copromitentes. Los jurisconsultos romanos distinguian acerca de esto si habia entre los coestipulantes ó entre los copromitentes una sociedad (*si socii sint*), una comunidad, una relacion cualquiera de derecho que los obligase á poner en comun el resultado del negocio, ó á darse cuenta de él. Si existiese semejante comunidad, semejante relacion, el coestipulante que lo habia recibido todo debia sufrir una accion de los demas, ó el copromitente que todo lo hubiese pagado podia dirigir su accion contra los demas, á fin de que el resultado se comunicase á cada uno segun su derecho, y esto por medio de la accion, ya de sociedad, ya de mandato, ó por cualquiera otra accion producida por el vínculo que los ligase. En defecto de semejante comunidad, de semejante relacion, y si se permanece en el derecho estricto y formalista de la estipulacion, será preciso decir que el coestipulante que ha recibido el todo, nada tiene que dar á sus coestipulantes; ni el copromitente que ha pagado el todo, nada por qué repetir contra sus copromitentes; porque la estipulacion sola y por sí misma no lleva consigo semejante obligacion (1).

II. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.

2. De los dos copromitentes, el uno puede ser obligado pura y simplemente, y el otro por término ó bajo condicion; y ni el término ni la condicion opondrán obstáculo á que se pida inmediatamente el pago á aquel cuya obligacion es pura y simple.

Pues que, si se consideran las personas, se ve uno obligado á reconocer muchos vínculos, cada uno de éstos puede ser modificado de diferente modo; el uno es puro y simple, el otro por término ó bajo condicion. Pero, respecto de la cosa objeto de la obligacion, debe ser siempre y absolutamente la misma para todos.

La estipulacion, empleada segun las combinaciones indicadas en este título, no es la única fuente de los créditos ú obligaciones mancomunadas entre muchos (*in solidum*). La mancomunidad, aunque con algunas modificaciones, segun los casos, puede prove-

(1) Dig. 35. 2. *Ad legem Falcid.*, 62. pr. f. Ulp. — 46. 2. *De novat.*, 31. § 1. f. Venul. — Cod. 8. 40. *De duob. reis.* 2. const. de Diocl. y Maxim. — Ésta era una regla general y rigurosa, resultado de la naturaleza de la estipulacion, y aplicada igualmente á otros casos. Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 39. f. Modest.

nir de otras diversas causas; ya de un contrato distinto del verificado por palabras, ya de las disposiciones de un testamento, de un delito comun, ó de la ley (1).

A la obligacion mancomunada entre muchos (*in solidum*) la doctrina opone la obligacion existente tambien, ya entre muchos acreedores, ya entre muchos deudores; pero de manera que cada uno sólo tenga derecho, ó sea obligacion, á una parte cuota. Aquí hay en el fondo, ora en cuanto á las personas, ora en cuanto al objeto, tantas obligaciones diferentes cuantos son los acreedores ó los deudores. Á este género de obligacion le han llâmado los comentadores *obligatio pro rata.* La jurisprudencia romana no la ha distinguido y clasificado metódicamente; á veces, sin embargo, aparece bajo las expresiones : *pro parte teneri; virilem partem stipulari; partes viriles deberi; proportione virili conveniri*, etc. (2).

En fin, existe tambien otro género de obligacion entre muchos deudores, en el cual cada uno está obligado por el todo (*in solidum*), pero con la facultad de poner lo que se llama el beneficio de division. Volverémos á ocuparnos en esto al tratar de lo que concierne á los fideyusores (3).

## TITULUS XVII.

### DE STIPULATIONE SERVORUM.

## TÍTULO XVII.

### DE LAS ESTIPULACIONES DE LOS ESCLAVOS.

La cuestion de saber por qué personas se puede adquirir la propiedad, la posesion, el beneficio de los legados ó de las Instituciones, ha sido ya ántes expuesta en la Instituta (véase tomo I, página 460 y siguiente, 572 y siguiente). La misma cuestion volverá á examinarse en un título ulterior (tít. XXVIII) por lo que respecta á la adquisicion de las obligaciones en general. Y sin embar-

---

(1) «Fiunt duo rei promittendi..... non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.» Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 9. pr. f. Papin. — 13. 6. *Commodat.*, 5. § 15. f. Ulp. — 19. 2. *Locati*, 13. § 9. f. Ulp.— 30. (*De legat. I.*) 8. § 1. f. Pomp. — 31. (*De legat II.*) 16. f. Paul. — 4. 2. *Quod metus causa*, 14. § 15. f. Ulp. — 9. 3. *De his qui effuderint*, 3. f. Ulp. — Cod. 4. 8. *De condict. furtiva*, 1. const. de Diocl. y Maxim.— Cod. 7. 55. *Si plures una sententia condemnati sunt.* 1. const. de Alejand. — Compárese, sin embargo : Dig. 42. 1. *De re judicata*, 43. f. Paul.

(2) Dig. 13. 6. *Commod.*, 5. § 15. f. Ulp.—16. 2. *De duob. reis.* 11. §§ 1 y 2. f. Papin.—42. 1. *De re judic.*, 43. f. Paul.—Cod. 7. 55. *Si plures una sent.*, 1. const. de Alej.

(3) Más adelante, tít. XX, § 4.

go, las Instituciones de Justiniano, á propósito del contrato formado por palabras, tratan aquí como por vía de anticipacion, y por doble trabajo, de una materia que verdaderamente no es más que una parte de la anterior : á saber, de las estipulaciones hechas por los esclavos (1).

Sabemos que segun el derecho civil riguroso, y bajo la relacion del derecho de propiedad que sobre él tiene su señor, el esclavo no es una persona, es decir, que no es un actor que puede desempeñar, en nombre de su jefe, un papel en la escena jurídica; ó en otros términos, que no es un sér capaz de tener ó deber derechos. Pero sabemos tambien que en ciertos casos lo considera el derecho civil como capaz de revestirse de la personalidad, de la máscara jurídica de su señor, como capaz de gestionar y representar un papel jurídico en calidad de representante, y por decirlo así, de cubierta de su señor, y por cuenta de este último (t. I, página 52). En este caso, como lo dice igualmente Teófilo en su paráfrasis, es la persona del señor la que personifica al esclavo. Ya hemos visto las consecuencias de este principio en cuanto á la capacidad, comunicada á los esclavos, del jefe de su señor, de recibir un legado ó de ser instituidos herederos.

En materia de obligaciones que resultan de contratos, la regla de derecho civil en este punto es que el esclavo así personificado es admitido á cuanto sea necesario para obligar á los demás con su señor; pero no á su señor con los demas. «*Servus autem ex contractibus non obligatur*» ; — «*in personam servilem nulla cadit obligatio*», dicen Paulo y Ulpiano (2). Lo que es verdad en un doble sentido : 1.°, que el esclavo, individualmente en nombre de su jefe no podia, segun el derecho civil, obligarse por contrato, ni adquirir ningun derecho de crédito ; 2.°, que áun como sosteniendo la persona de su señor, no podria obligar á éste segun el derecho civil.

Sin embargo, y bajo este doble concepto, se templó el rigor del derecho estricto. Por una parte la filosofía de los jurisconsultos romanos restituyó al esclavo su personalidad natural, le reconoció derechos de crédito y obligaciones naturales. «*Servi ex delictis quidem obligantur : etsi manumittantur, obligati remanent : ex con-*

(1) Un título especial del Dig. se halla dedicado á esta materia. Dig. 45. 3. *De stipulatione servorum.*

(2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 43. f. Paul—50. 17. *De reg. jur.* 22. pr. f. Ulp.

*tractibus autem* civiliter *quidem non obligantur; sed* naturaliter *et obligantur et obligant*», dice Ulpiano (1).—Por otra parte, el derecho pretoriano distinguió muchos casos y ciertos límites, dentro de los cuales ha considerado á los señores como obligados por los actos de sus esclavos (2).

Despues de emitidas estas nociones generales, entremos en lo que se refiere especialmente al contrato formado con palabras (*verbis*).

Este contrato presenta dos aspectos jurídicos bastante distintos: estipular ó prometer. Sólo el primero de éstos, es decir, el de estipulante, es el que al esclavo corresponde como revestido de la personalidad de su señor. Pero no le es permitido obrar como promitente; en este caso la estipulacion sería inútil, como el texto nos dirá en breve (véase más adelante, tít. 19, § 6); y esto por consecuencia del principio general que ya hemos establecido: «*Servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli.*»

Examinemos, pues, los efectos de las estipulaciones hechas por los esclavos. Las dificultades de la materia aparecen en derredor de dos cuestiones: 1.ª, ¿el esclavo ha tenido capacidad, y por consiguiente, la estipulacion es válida? 2.ª, ¿quién adquiere por resultado de la estipulacion?—Para resolverlas es preciso no perder de vista los principios generales ya conocidos: 1.°, el esclavo toma su capacidad de la persona de su señor, luego á éste es preciso referirse para juzgar de la capacidad; 2.°, adquiere á su señor el beneficio de la estipulacion. ¿Pero al señor de qué época? Al de la época en que la estipulacion ha sido hecha, áun en el caso de estipulacion condicional; porque, á diferencia de lo que sucede en el caso de legado ó de institucion de heredero, aquí, segun los principios ya ántes explicados, el vínculo, tan eventual como puede ser, se forma en el instante mismo del contrato: «*Quia ex præsenti vires accipit stipulatio*» (3); 3.°, en fin, la obligacion resulta aquí estrictamente de las palabras (*verbis*), de donde se deduce que es preciso fijarse en el concepto de las palabras para juzgar de la

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 14 f. Ulp.—Véase más adelante, tít. XXI *De fidejus.*, § 1, con motivo de los fideyusores que pueden ser válidamente dados para asegurar las obligaciones naturales de los esclavos.

(2) Véase más adelante, lib. 4, tít. VII. *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*—Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.

(3) Dig. 45. 3. *De stipul. serv.* 26. f. Paul.—Vatic. J. R. Fragm. § 55.

obligacion que ellas constituyen, y para ver si dichas palabras se hallan en armonía con las condiciones esenciales de la materia.— De tal manera, que en definitiva la validez y los efectos diversos de las estipulaciones hechas por los esclavos dependen de las diversas situaciones dominicales en que éstos pueden hallarse, lo mismo que de las palabras que usen al interrogar.

Esto supuesto, puede suceder que el esclavo se halle en una de estas situaciones: 1.°, que pertenezca á un solo señor; 2.°, á una herencia yacente; 3.°, á muchos señores en comun; 4.° en mera propiedad á uno, y en usufructo ó en uso á otro; 5.°, que sea esclavo de otro, ú hombre libre poseido de buena fe como esclavo; 6.°, esclavo público; 7.°, en fin, que no tenga señor. Recorramos rápidamente estos diversos casos siguiendo el texto.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.

El esclavo recibe de la persona de su señor el derecho de estipular. Y á la manera que la herencia, en la mayor parte de los casos, representa la persona del difunto, del mismo modo la estipulacion hecha por el esclavo hereditario ántes de la adicion de la herencia, la adquiere ésta, y por lo mismo el que despues se hace heredero.

1.° *El esclavo no tiene más que un solo señor.* Este primer caso ofrece pocas dificultades. El esclavo recibe su capacidad de la de su señor; adquiere á éste el beneficio de la estipulacion en el instante mismo en que tiene lugar dicha estipulacion. Si, pues, el señor, por un motivo cualquiera, no es capaz de adquirir dicho beneficio, la estipulacion es inútil; por ejemplo, si el esclavo ha estipulado una servidumbre predial, y el señor no tiene ningun fundo (1).—Si el señor se halla cautivo, y el esclavo ha estipulado *nominalmente* en nombre de su señor, la estipulacion quedará en suspenso: si el cautivo vuelve, será válida por derecho de *postliminium;* si muere en poder del enemigo, será nula, sin poder aplicarse á los herederos, porque las palabras han designado nominalmente al cautivo, que era incapaz y que ha muerto en aquel

(1) Pero bastará para la validez de la estipulacion que el señor tuviese un fundo, áun cuando este fundo no se hallase en el peculio del esclavo estipulante. Á diferencia del legado de servidumbre predial hecho al esclavo, que no es válido sino en cuanto dicho esclavo tiene un fundo en su peculio. Hemos explicado los motivos de esta diferencia, t. I, p. 400, nota 3.

estado (1).—El principio de que la estipulacion, áun condicional, la adquiere el señor que tuvo el esclavo en el momento en que ha estipulado : « *Quia ex præsenti vires accipit stipulatio* », es de tal modo verdadero, que la estipulacion la adquiria aquel señor, áun en el caso de que el esclavo la hubiese hecho, ya por término, ya condicionalmente, para el tiempo en que se hallase enajenado ó manumitido (2).—Por lo demas, la adquisicion del crédito tiene lugar para el señor, áun cuando la estipulacion haya sido hecha contra su voluntad (*vetante domino*) (3).

2.° *El esclavo pertenece á una herencia.* La herencia, hasta la adicion, sostiene la persona, la máscara jurídica del difunto. El esclavo saca de este principio la capacidad de estipular, como la de ser galardoneado con un legado ó instituido heredero ; y el beneficio de la estipulacion que hace, tanto condicional ó por término, cuanto pura y simple, la herencia lo adquiere al momento.—Pero si hay en la herencia una persona jurídica moral, es cierto que no hay individuo ni persona física. Si, pues el derecho estipulado por el esclavo hereditario es por su naturaleza capaz de exigir necesariamente para su constitucion la existencia de una persona física, la estipulacion será inútil (4). Así el esclavo hereditario no podrá estipular, ni áun condicionalmente, un derecho de usufructo ó de uso. Semejante derecho, por el contrario, podria serle válidamente legado, porque el beneficio del legado no se fija inmediatamente, como el de la estipulacion, en provecho de la herencia ; y bastará que la persona física necesaria para la constitucion del derecho exista en el momento de la fijacion, es decir, en el momento del *dies cedit* (5).

I. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit. *Idem juris est, et in liberis* qui in potestate patris sunt, ex quibus causis adquirere possunt.

1. Por lo demas, que estipule, ya para su señor, ya para sí mismo, para su coesclavo, ó sin designacion de nadie, el esclavo adquiere para su señor. *Lo mismo sucede con los hijos* que se hallan bajo la potestad de su padre, respecto de las causas por que pueden adquirir para él.

(1) Dig. 45. 3. 18. § 2. f. Papin.
(2) Ibid. 40. f. Pomp.
(3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 62. f. Julian.—41. 1. *De adquir. rer. domin.* 32. f. Gay.
(4) Dig. 41. 1. *De adquir. rer. domin.*, 61. f. Hermog.
(5) Dig. 45. 3. 26. fragmento de Paulo, que se halla tambien idénticamente en los fragmentos del Vaticano, § 55.—7. 4. *Quib. mod. ususfruct. amitt.* 18. f. Pomp.—7. 3. *Quando dies ususf. legati cedat.* 1. § 2. f. Ulp.

Este párrafo es relativo á las palabras de la estipulacion, especialmente en cuanto á la designacion de la persona en cuyo beneficio se haga. La regla general es que es preciso que haya conformidad entre dicha designacion y los principios relativos á la adquisicion de la estipulacion. Esta conformidad existe en todos los ejemplos citados por el texto (1). Pero si el esclavo estipulase para un extraño (es decir, para otra persona que no fuese su señor), ó lo que vendria á ser lo mismo, para el esclavo de un extraño, la estipulacion sería inútil, porque sería hecha por una persona para quien el esclavo no podria adquirir (2).

Del mismo modo, en cuanto al esclavo hereditario, puede hacer la estipulacion, ya nominalmente para sí mismo (*sibi*), para la herencia ó para un esclavo de la herencia, ya *impersonaliter*, sin designacion de nadie. Pero no podria hacerlo nominalmente para el difunto, porque haria en esto intervenir á un individuo, á un sér físico que ya no existe (3).—¿Podria hacerla para el heredero futuro (*futuro heredi nominatim*)? Esta cuestion es una de aquellas sobre las cuales habia habido division entre las dos sectas de los jurisconsultos, y en el Digesto hallamos insertas las dos opiniones contrarias. Así vemos que Próculo, Papiano y Paulo están por la negativa; y Paulo nos da la razon, y es que en el momento en que se hace la estipulacion, y en que, por consiguiente, debe tener lugar la adquisicion del derecho, el heredero futuro no es señor del esclavo, ni respecto de éste es más que un extraño: «*quia stipulationis tempore, heres dominus ejus non fuit*» (4). Casio, por el contrario, y con él Gayo y Modestino, respondian afirmativamente, como consecuencia del principio admitido por ellos, de que el heredero despues de la adicion es reputado haber sucedido al difunto en el momento mismo de la muerte: «*quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto sucessisse*» (5). Es la única consecuencia útil que en los textos se descubre de este principio de retroactividad en materia de adicion (6).

---

(1) Dig. 45. 3. 15. f. Florent.

(2) Ib. 30. f. Paul.—13. f. Ulp.—14 y 1. § 3 f. Julian.

(3) Ib. 18. § 2. f. Papin.

(4) Ib. 16. f. Paul.—18. § 2. Papin.

(5) Dig. 45. 3. 28. § 4. f. Gay.—35. f. Modest.—Véase en cuanto al principio de retroactividad, Dig. 29. 2. *De acquir. vel amitt. hered.* 54. f. Florent.; y 50. 17. 193. f. Cels.

(6) No hablamos de las consecuencias del derecho religioso, que Gayo nos indica en el mismo fragmento, y que consisten en que la familia del heredero se reputa manchada por el duelo (*familia funesta facta*) desde la muerte del difunto, y en la necesidad de ser purificada ritualmente conforme al desgraciado momento de la muerte.

*Idem juris est in liberis.* Hay, sin embargo, entre el hijo de familia y el esclavo, bajo el aspecto de la capacidad de contratar, diferencias radicales dignas de ser observadas. En el fondo, aunque sometido bajo la potestad del padre, el hijo de familia es libre y ciudadano. Si se absorbe en la persona de su padre, sólo es en lo que se refiere al vínculo y al patrimonio de familia. La introduccion de los peculios ha venido, bajo este aspecto y en el órden de los bienes, á darle una personalidad propia, capaz de tener ó deber cualesquiéra derechos. De donde se deduce que el hijo de familia puede por medio de contratos obligar á los demas con él, y obligarse él con los demas; y que las estipulaciones ó las promesas que hace, reciben su validez de su propia persona, y no únicamente de la de su padre. Tal era ya hacía largo tiempo el estado del derecho, en tiempo de los jurisconsultos cuyos fragmentos inserta el Digesto (1). Así vemos que la ådstipulacion, especie de estipulacion accesoria, cuyo derecho queda exclusivamente limitado á la persona del adstipulador, y no puede ser adquirido ni transmitido por él á ningun otro, ni áun á sus herederos; que esta adstipulacion, digo, puede hacerse válidamente por un hijo de familia, miéntras que nunca puede hacerse por un esclavo (2). En cuanto á la cuestion de saber quién adquiere el derecho que resulta de las estipulaciones hechas por el hijo de familia, es preciso referirse á las reglas relativas á los diversos peculios (t. I, p. 641 y sig.). Esta materia volverá á aparecer en breve en un título especial (título 28).

II. Sed cum *factum* in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur *ut sibi ire, agere liceat.* Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

2. Si se ha estipulado un *hecho*, la estipulacion se halla exclusivamente limitada á la persona del estipulante: por ejemplo, si el esclavo estipula que le será permitido *pasar* y *conducir*. En efecto, á él solo, y no al señor, no puede impedírsele que pase.

*Factum.* Aquí se ve la aplicacion de un principio que hallamos propuesto por Paulo en materia de legados á instituciones: « *Quæ*

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 39. f. Gay.: « Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur.»—45. 1. *De verbor. oblig.* 141. § 2. f. Gay.—5. 1. *De judiciis*, 57. f. Ulp.: « *Tam ex contractibus quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio.*»—Y más adelante, tít. 19. § 6.—Véase por tanto Dig. 44. 7. 9. f. Paul., y 43. f. Paul.

(2) Gay. Com. 3. § 114.—Ya hemos dicho en general lo que es la adstipulation (p. 187), y en breve la explicarémos detalladamente.

*facti sunt non transeunt ad dominum* » (1). Sería en efecto variar el objeto primitivo, sustituir un individuo á otro en la ejecucion de un hecho. Pero en el fondo el esclavo no es nunca más que un instrumento, y el señor es quien tiene el derecho de hacer que se haga tal hecho por su esclavo.

*Ut sibi ire, agere liceat.* No se trata aquí de una servidumbre de herencia, que sería constituida como calidad inherente al fundo (2); se trata de un simple hecho individual, que el señor adquiera el derecho de hacer ejercitar por medio de su esclavo (3).

III. Servus communis, stipulando, unicuique dominorum proportione dominii adquirit, nissi jussu unius eorum, aut nominatim cui eorum stipulatus est; tunc ei enim soli adquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur veluti si res quam dari stipulatus est unius domini sit.

3. El esclavo comun, cuando estipula, adquiere á cada uno de los señores en proporcion de su dominio sobre él, á ménos que no haya estipulado por órden de uno solo de ellos, ó por uno de ellos nominalmente; porque entónces este solo adquiere. La estipulacion hecha por el esclavo comun la adquiere igualmente en su totalidad uno de sus señores, si la cosa estipulada no es susceptible de ser adquirida por otro; por ejemplo, si pertenece á uno de los señores.

3.° *El esclavo pertenece á muchos señores en comun;*—4.° *al uno en propiedad y al otro en usufructo ó en uso;*—5.°, *es esclavo de otro ó un hombre libre poseido de buena fe como esclavo.* Presentándose más adelante en el texto el exámen de estos diversos casos, bajo el título especial: *Per quas personas nobis obligatio adquiritur,* nos contentarémos aquí con las disposiciones contenidas en nuestro párrafo, reservando para más ámplias explicaciones dicho título especial (tít. 28).

6.° *El esclavo es esclavo público;* es decir, pertenece á la república, ó áun más limitadamente, á un municipio ó á una colonia. Ulpiano nos dice que la estipulacion hecha por tal esclavo es válida (4), y que el beneficio de ella debe adquirirlo la corporacion propietaria del esclavo. Se ha deducido de aquí un medio digno de observacion, cual es hacer que se haga una estipulacion en bene-

(1) Dig. 35. 1. *De condit. et demonst.* 44. pr. f. Paul.
(2) Dig. 45. 3. *h. tít.* 17. f. Pomp.
(3) Véase sobre este género de estipulacion, Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 38. § 6. f. Ulp.; y 130. f. Paul.
(4) Dig. 45. 3. *h. tít.* 3. f. Ulp.

ficio de un pupilo que sea *infans*, y por consiguiente, que no se halle en estado de pronunciar las palabras de la interrogacion, y que ademas no tenga esclavo en su propiedad. La estipulacion se hará por un esclavo público, que estipulará nominalmente por el pupilo; y como este último, en calidad de individuo de la ciudad, tiene su parte en la propiedad comun de este esclavo, adquirirá la estipulacion. Esto es lo que ya hemos visto en el caso de adrogacion de un impúbero (tomo I, p. 141), y en el de la satisdacion, que se ha de dar por los tutores (t. I, p. 229). Sabemos que se habia acabado por extender este procedimiento, y hacer desempeñar tales actos por medio de personas libres. Sin embargo, habia en el fondo, no sólo en este último caso, sino en el primero, una derogacion ó infraccion de los principios: en efecto, los individuos de la corporacion no habrian podido, cada uno en particular, estipular por medio del esclavo público; si se les habia admitido por el *infans*, habia sido á causa de la imposibilidad de hacer otra cosa; así sólo una accion *útil* nacia de estas especies de estipulaciones.

7.° *El esclavo no tiene señor.* Este caso se presenta cuando el señor del esclavo lo ha abandonado (*pro derelicto habuit*), no queriéndolo ya (*omnimodo a se rejecit*), y miéntras que nadie se ha apoderado de esta propiedad abandonada. Las estipulaciones hechas por el esclavo en tal estado son nulas, pues no teniendo señor, no puede recibir capacidad de nadie (1).

## TITULUS XVIII.

### DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

## TÍTULO XVIII.

### DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

El contrato formado por palabras (*verbis*) es, por regla general, como todos los demas contratos, el resultado de la voluntad y de la convencion espontánea de las partes. Sin embargo, habia entre los romanos muchos casos en que este contrato se hallaba prescripto por la autoridad, y en que se obligaba una de las partes á ligarse por medio de promesa verbal en respuesta de la estipulacion de la otra.

Desde el sistema de las acciones de la ley, en la primera de estas

(1) Dig. 45. 3. *h. tit.* 36. f. Javol.

acciones, en el *sacramentum* (véase *Generalizacion del derecho romano*, p. 139), vemos las señales de semejantes obligaciones verbales, impuestas por el rito de aquella accion : ya en las fórmulas por las cuales las partes se provocan recíprocamente y hacen su apuesta sacramental, ya en los fiadores (*prædes*), que deben dar al pretor, y que se obligan á responder por ellos del pago del *sacramentum* (1); ya en fin, y todavía mejor, cuando se trata de vindicacion, en los fiadores que aquella de las dos partes que ha obtenido la posesion provisional del objeto en litigio, debe, en virtud de órden del pretor, dar á la otra parte para responder de la restitucion de la cosa y de los frutos, si há lugar (*prædes litis et vindiciarum*) (2).

Bajo el procedimiento formulario, hallamos la misma necesidad en muchos casos, que no son comunmente más que una modificacion, una transformacion introducida en las instituciones que preceden. Tales son las *sponsio et restipulatio*, ó provocaciones recíprocas entre las partes para el pago de una suma, á cargo de la que sea reconocida por culpada : así nos lo indica Gayo para la accion personal *certæ creditæ pecuniæ*, y para ciertos interdictos (3). Tal es tambien, en las vindicaciones, la *sponsio*, hecha por el demandante, tanto para provocar al pago de una suma, cuanto para hacerse asegurar la restitucion de la cosa y de los frutos (*stipulatio propræde litis et vindiciarum* (4). Tal es la vindicacion todavía más simplificada (*formula petitoria*), la estipulacion de que el demandado satisfará en juicio (*stipulatio judicatum solvi*) (5). Tales son, en fin, el *vadimonium*, ó estipulacion de que el contrario se presentará *in jus* en el dia indicado (6); y algunas otras promesas ó seguridades de procedimiento.

En tiempo en que los *judicia extraordinaria* reemplazaron completamente á los dos sistemas precedentes, la marcha del procedimiento nos ofrece todavía la necesidad de ciertas promesas sobre estipulacion, impuestas á una ú otra de las partes (7). Por manera que, en definitiva, bajo los tres sistemas que se suceden, nos apa-

(1) Gay. Com. 4. § 13.
(2) Ib. § 16.
(3) Gay. Com. 4. §§ 13. 141. 166 y 167.
(4) Ib. §§ 91 y 93.
(5) Ib. § 91.
(6) Principalmente cuando, no habiendo podido terminarse el negocio en el primer dia, se ha indicado otro. Gay. Com. 4. §§ 184 y sig.
(7) Véase más adelante, lib. 4, tít. XI. *De satisdationibus*.

rece este género de estipulaciones como consecuencia de las formalidades rituales del procedimiento.

Ademas, otras muchas circunstancias, áun fuera del curso y forma de un litigio, habrian parecido exigir el uso de semejantes estipulaciones, impuestas por la autoridad. El carácter general de estas circunstancias es que se trata de dar seguridad para en adelante á una persona, contra riesgos á que, sin culpa suya, se hallaria expuesta por parte de otra (1).

Estas estipulaciones por órden de la autoridad son de dos especies. Unas veces exigen una simple promesa (*nuda repromissio*) de parte del que á ella se halla sometido; otras, la intervencion de fideyusores que respondan y se obliguen tambien por él (*satisdatio*). Esta última especie es la más frecuente; aquellas para las cuales basta una simple promesa son muy pocas (2), y los juriconsultos tienen cuidado de enumerarlas (3).

Quizá causará admiracion esta manera de proceder. En vez de obligar á tal parte á que se ligue por medio de tal promesa en respuesta á tal estipulacion de la otra, ¿por qué el magistrado, por qué el juez, no obra con más sencillez, y no falla él mismo y directamente que, llegando tal caso, tal parte será obligada á tal cosa? Esto tiene relacion, en primer lugar, con el carácter particular del derecho romano acerca de la formacion de las obligaciones y acerca de las acciones. Se trata de crear una obligacion nueva, de hacer que nazca una accion, para tal caso futuro : el magistrado y el juez no pueden hacer esta creacion; es menester recurrir al modo regular con que se contraen las obligaciones entre partes; y la *sponsio*, estipulacion eminentemente civil, ó la estipulacion en general, es la forma que se presenta aquí para llegar al objeto (4). En segundo lugar, cuando no se trata sólo de obligar á la parte, sino tambien de hacerle dar fideyusores que se obliguen por ella, lo que constituye los casos más frecuentes, es de toda

---

(1) Dig. 46, 5. *De stipulationibus prætoris*, 4. f. Paul: «*Prætoriæ stipulationes sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit.*»—Ib. 1. § 4. f. Ulp. «*Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.*»

(2) Dig. 46. 5. *De stipul. præt.* 1. § 5. f. Ulp. «*Stipulationum istarum prætoriarum, quædam sunt quæ satisdationem exigunt, quædam nudam repromissionem: sed perpaucæ sunt quæ nudam repromissionem habeant.*»

(3) Ib. §§ 6 y sig.

(4) Esta necesidad era más evidente todavia respecto del juez en la época en que las condenaciones sólo podian ser pecuniarias.

evidencia, bajo cualquier régimen en que uno se coloque, la impotencia del magistrado ó del juez para ligar por sí mismo á terceras personas.

Vemos por los fragmentos de la ley RUBRIA, más conocida bajo la denominacion de *lex Galliæ Cisalpinæ*, que las fórmulas de estas especies de estipulaciones se hallaban insertas en el edicto (*in albo propositæ*), y no era permitido á las partes alterar nada de ellas (1).

Debe notarse un carácter particular, y es que estas estipulaciones ó estas promesas pudieron hacerse por medio de representante (ya *cognitor*, ya *procurator*), y que la accion que de ellas resultaba se dió, al ménos como accion útil, en pro ó en contra de aquel que hubiese sido representado (2). Fué ésta una derogacion manifiesta de la regla del derecho estricto, de que ninguno puede estipular ni prometer por otro. Pero debió tener lugar, como consecuencia necesaria, desde el momento en que se hubo admitido la posibilidad de defenderse por medio de representante; y es preciso aplicar aquí, sin duda alguna, las diversas distinciones y las modificaciones progresivas del derecho en este género de representacion, ya por *cognitor*, ya por *procurator*, y acerca de sus efectos.

La jurisprudencia habia introducido en estas especies de estipulaciones ciertas clasificaciones metódicas, variables conforme al método. Así Ulpiano nos presenta una de ellas, tomada del objeto á que deben proveer dichas estipulaciones (3), y Pomponio otra, en la que las mismas denominaciones se emplean en diferente sentido, y que está tomada de la autoridad de donde procede la estipulacion (4). Esta última la adopta con razon nuestro texto.

---

(1) LEX RUBRIA, XX : «Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet, L. Seio repromisset..... etc.» Es la simple *repromissio*. Y más léjos : «.....Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, ea stipulatione, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet, L. Seio satisdedisset....., etc.» Es la *satisdatio* (véase la edicion de los textos, ántes de Justiniano, de M. BLONDEAU, pp. 77 y 78).—Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 52. pr. f. Ulp. «*Prætoriis stipulationibus nihil inmutare licet, neque addere neque detrahere.*»

(2) Dig. 46. 5. *De stipul. præt.* 3. f. Ulp. : «*Generaliter in omnibus prætoriis stipulationibus, et procuratoribus satisdatur.*»—5. f. Paul. «*In omnibus prætoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat.*»

(3) Dig. 46. 5. *De stipul. prætor.* 1. f. Ulp. : «Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : judiciales, cautionales, communes. § 1. *Judiciales* eas dicimus, quæ propter judicium interponuntur : ut ratum fiat, ut judicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. § 2. *Cautionales* sunt autem, quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. § 3. *Communes* sunt stipulationes quæ fiunt judicio sistendi causa.»

(4) Dig. 45. 1. *De verborum obligationibus*, 5. princ. f. Pomp.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales.

Las estipulaciones son ó judiciales ó pretorianas, ó convencionales, ó comunes, es decir, tanto pretorianas cuanto judiciales.

I. Judiciales sunt dumtaxat quæ a mero judicis officio proficiscuntur : veluti *de dolo cautio*, vel *de persequendo servo* qui in fuga est, *restituendove pretio*.

1. Las estipulaciones judiciales son las que exclusivamente se derivan del oficio del juez : tales son la *caucion de dolo*, la promesa de *perseguir á un esclavo* fugitivo ó de *restituir su precio*.

La diferencia entre el magistrado y el juez nos es ya bien conocida (*Generalizacion del derecho romano*, p. 134). Se trata aquí del caso en que las partes se hallan en instancia (*in judicio*), y de las estipulaciones, que sólo pueden ser prescriptas en esta situacion, y por oficio del juez (*a mero judicis officio*).

*De dolo cautio.* Yo reivindico un esclavo que me pertenece. El detentador me lo restituye; en su consecuencia, segun el derecho, deberá ser absuelto por el juez, y en este punto queda completamente libre de toda responsabilidad. Sin embargo, puede suceder que ántes de restituírmelo, y por espíritu de resentimiento, de venganza, ó por cualquiera otra intencion malévola ó fraudulenta, se hubiese administrado al esclavo alguna sustancia capaz de ponerle enfermo, inhábil, ó de ocasionar su muerte. La absolucion, sin quedar en esta parte asegurado, sería cosa inicua. Por consiguiente, se le obligará por oficio del juez á asegurarme, cuando me entregue el esclavo, de que no ha cometido ningun dolo. Tal es, con corta diferencia, el ejemplo que da Teófilo en su paráfrasis (1). La misma obligacion se impone á aquel que restituye una cosa que ha obtenido con violencia (2). En suma, esta caucion contra el dolo (*de dolo cautio*) consiste, respecto del poseedor, en responder de todo dolo por el cual hubiese podido experimentar algun perjuicio la cosa restituida (*ne forte deterior res sic facta*). Se da por simple promesa en virtud de estipulacion (*nuda repromissio*).

*De persequendo servo restituendove pretio.* Yo reivindico mi esclavo contra un poseedor de buena fe, que está en camino de adquirirlo por usucapion. Miéntras que tenemos instancia ante el juez (*in judicio*), el tiempo de la usucapion se cumple, y el posee-

(1) Teóf. *hic.* — Véase tambien, Dig. 6. 1. *De rei vindicatione*, 20. f. Gay. y 45. f. Ulp. — Dig. 4. 3. *De dolo malo*, 7. § 3. f. Ulp.

(2) Dig. 4. 2. *Quod metus causa*, 9. §§ 5 y 7. f. Ulp.

dor se hace propietario : porque sabemos que la vindicacion no suspende la usucapion (tomo I, p. 418). Sin embargo, este rigor del estricto derecho civil no impide que la instancia siga su curso, y una vez establecida la prueba de mis derechos, si el poseedor hecho propietario por usucapion no me reintegra voluntariamente mi propiedad, deberá ser condenado á ello por el juez (véase lib. 4, título XVII, § 13). Pero se supone que sin culpa suya, y miéntras las contestaciones, el esclavo ó ha huido ó ha desaparecido. En este estado, sería injusto condenarle, y no lo sería ménos absolverle, pues desde entónces quedaria completamente libre con respecto á mí. El juez le mandará, pues, que se obligue por promesa hecha en virtud de mi estipulacion, á perseguir al esclavo y á restituírmelo cuando lo haya encontrado ; en efecto, habiéndole hecho propietario la usucapion, él solo tiene ahora derecho para perseguir al esclavo é intentar las diversas acciones á propósito para recobrarle. Y para que esta promesa de perseguirle se halle mejor asegurada, se obliga al mismo tiempo, en caso de falta ó contravencion de su parte, á restituirme el precio del esclavo (*de persequendo servo resittuendove pretio*). Nótese que ésta no es más que una sola y única estipulacion : la obligacion de perseguir al esclavo y entregármelo, es una obligacion de hacer ; la de restituirme su precio en caso de contravencion, es una cláusula penal pecuniaria, que asegura la primera. Tal es el ejemplo que cita Teófilo (1). Gayo, en un fragmento inserto en el Digesto, nos ofrece una semejante. Una cosa me ha sido legada (*per damnationem*); pero es dudoso que exista todavía : por ejemplo, es un esclavo que sin culpa del heredero ha desaparecido, no sabiéndose si vive ó no. Yo podria, sin embargo, proceder por la accion *ex testamento*. Mas como condenar ó absolver al heredero sería igualmente injusto, el juez le obligará á darme seguridades de perseguir la cosa y restituírmela, si la recobra (2). Bajo el imperio de Justiniano no sería ya aplicable este ejemplo, transfiriéndose la propiedad por el legado.

Por lo demas, las estipulaciones judiciales no se hallan limita-

---

(1) Paráfrasis de Teófilo, *hic*. — Dig. 46. 6. *De stip. præt.* 11. f. Venul.

(2) Dig. 30 (*De legat. I.*) 69. § 5. f. Gay. — 47, § 2. f. Ulp. — Este ejemplo de Gayo se refiere, sin duda, á un legado *per damnationem*.

das á las que cita nuestro texto. Éstos no son más que ejemplos, y se pueden ver otros muchos en diversas materias (1).

El medio que el juez tiene para obligar á hacer las promesas en virtud de la estipulacion que impone, está tomado de la naturaleza de sus poderes. Así en los ejemplos que hemos citado, si el demandado contrae por su promesa la obligacion prescripta, el juez lo absuelve, y si no, lo condena (2).

II. Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur, veluti *damni infecti*, vel *legatorum*. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ; nam et hæ a jurisdictione veniunt.

2. Las estipulaciones pretorianas son aquellas que corresponden exclusivamente al oficio del pretor; tales son las relativas al *daño inminente* ó á los *legados*. La calificacion de estipulaciones pretorianas debe entenderse como comprendiendo tambien las estipulaciones edilicianas, porque se derivan igualmente de la jurisdiccion.

Aquí las partes están *in jure* ante el magistrado encargado de la jurisdiccion. Se trata, ya de hacer formalizar una instancia (*judicium*), ya de hacer que el magistrado mismo y sin instancia (*extra ordinem*) estatuya acerca de algun interes. Tambien Ulpiano comprende las estipulaciones pretorianas en la denominacion de acciones. (Digesto 44. 7. *De oblig. et action.* 37, pr.)

*Damni infecti.* Esta materia ocupaba un lugar importante en la jurisprudencia romana. El edicto del pretor, cuyo texto nos ha conservado un fragmento de Ulpiano, la arreglaba en todas sus partes (3); los jurisconsultos la comentaban extensamente. Es uno de los puntos tratados en los fragmentos que han llegado hasta nosotros de la ley RUBRIA para la Galia Cisalpina (4). En fin, hallamos en el Digesto de Justiniano un título especial dedicado á esta materia (5).—«*Damnum infectum*, nos dice Gayo, *est damnum nondum factum, quod futurum veremur*» (6). Es un daño no causado todavía, pero que tenemos motivo para temer en adelante. El edificio de un vecino amenaza ruina, con peligro de causar-

(1) Dig. 8. 5. *Si servitus vindicetur*, 7. f. Paul. — 12. f. Javol.—Dig. 10. 2. *Familiæ erciscundæ*, 16. pr. f. Ulp. — 25. § 10. f. Paul.

(2) Dig. 8. 5. *Si servit vindic.* 7. f. Paul.

(3) Dig. 39. 3. *De damno infecto*, 7. pr. f. Ulp.

(4) LEX RUBRIA (*Galliæ Cesalpinæ*), XX. Véanse los textos antejustinianeos, edicion de M. BLONDEAU, pág. 77.

(5) Dig. 39. 2. *De damno infecto, et de suggrundis et protectionibus.*

(6) Ib. 2. f. Gay.

me daño al hundirse. Si me estoy quieto y se hunde el edificio, mi vecino tendrá la facultad, segun los principios del derecho civil, de evitar toda responsabilidad, abandonando los escombros (*si modo omnia quæ jaceant, pro derelicto habeat*, y el perjuicio que me hubiese causado quedará sin reparacion (1). Para prevenir este caso, tengo derecho, en virtud del edicto del pretor, y ántes de que se hunda el edificio, de exigir que mi vecino se obligue ántes, y me dé seguridades de indemnizarme, cuando ocurra el caso indicado, del perjuicio que me amenaza. Esto es lo que se llama *cautio damni infecti*. Esta caucion se da segun los casos, ya por simple promesa, ya por satisdacion : «*Ex causa damni infecti, interdum repromittitur, interdum satisdatur*» (2). Se halla en la jurisdiccion exclusiva del pretor, quien puede, sin embargo, cuando haya urgencia, delegar á los magistrados municipales una parte de sus atribuciones acerca de esta materia (3): pertenece, pues, á la clase de las estipulaciones pretorianas. Si en el plazo fijado por el pretor no se presta la caucion prescrita, el que la reclama será puesto en posesion del edificio que lo amenaza : « *Si intra diem a prætore constitutum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est* » (4); y si persiste el dueño del edificio en negarse á dar caucion, obtendrá aquél del pretor la órden de poseer, despues de cierto plazo y en virtud de exámen de la causa : « *Si forte duretur non caveri : ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet..... prætorem vel præsidem permissuros* » (5). Es preciso distinguir bien la expresion de poner ó entrar en posesion (*in possessionem mittere;—in possessionem ejus rei ire jubebo ;* términos del edicto), de la órden de poseer (*etiam possidere jubebo;—in possessione esse jubebo :* términos del edicto) (6). La primera medida no es más que un medio de obligar de hecho : aquel á quien ha sido concedida puede instalarse en el edificio, pero sin arrojar de él al propietario, y sin que este último deje de ser poseedor (7). La segunda medida da hasta el derecho de posesion con sus efectos legales : el propietario puede ser des-

(1) Dig. 39. 2. *De damno infecto*, 6. f. Gay. — 7. § 1. f. Ulp.—44. pr. f. Afric.
(2) Dig. 46. 5. *De stipul. prætor*, 1. § 7. f. Ulp.
(3) Dig. 39. 2. *De damno infecto*, 1 y 4. § 3. f. Ulp.
(4) Ib. 4. § 1. f. Ulp ; y 23. f. Ulp.
(5) Dig. 39. 2. *De damno infecto*, 4. §§ 4 y 15. § 21. f. Ulp.
(6) Ib. 7. pr. f. Ulp.
(7) Ib. 15. § 20. f. Ulp.

pedido (1); y la propiedad será adquirida por usucapion despues del tiempo requerido (2).

*Vel legatorum.* Ya hemos hablado (t. I, p. 761) de esta estipulacion pretoriana que debe tener lugar por satisdacion. Á falta de ella, el legatario es puesto en posesion de las cosas hereditarias: toma de posesion, que, como en el caso precedente, le da, no el derecho de posesion á título de propietario, sino más bien la custodia de las cosas: «*Missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit: nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur*» (3).

Se ve por estos ejemplos que, respecto de las estipulaciones pretorianas, los medios de sancion para obligar á aquellos que deben comprometerse á consentir en ellas, son medios pretorianos, tomados de la naturaleza de los poderes del pretor, es decir, de su *jurisdictio* ó de su *imperium*: generalmente el envío en posesion, la ocupacion de las prendas (4), ó bien, segun los casos, la negativa ó concesion de accion.

*Æditiliæ.* Tal es la estipulacion en la cual el vendedor es obligado á asegurar al comprador que el objeto vendido se halla exento de enfermedad ó de vicio redhibitorio, como lo hallamos establecido en el edicto ediliciano (5). Esta seguridad se da por *nuda repromissio* (6); y el medio de obligar á ella consiste, á falta de promesa, en la concesion de una accion redhibitoria (7).

III. Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt quod, pene dixerim, rerum contrahendarum.

3. Las estipulaciones convencionales son aquellas que toman su orígen en la sola conformidad de las partes; es decir, sin órden ni del juez ni del pretor, sino por efecto de la libre convencion de los contratantes. Hay tantas especies de éstas, por decirlo así, cuantas son las obligaciones que se contraen.

IV. Communes stipulationes sunt, veluti *rem solvam fore pupillo*: nam et prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si

4. Las estipulaciones comunes son, por ejemplo, la de que los *intereses del pupilo quedarán salvos*, porque está ordenada por el pretor,

(1) Ib. § 23.
(2) Ib. 5 y 18. § 15. f. Paul.
(3) Dig. 36. 4. *Ut in possess. legat. vel fideic. servand. causa esse liceat*; 5. pr. f. Ulp.
(4) Véase el lib. 1. tit. 24. § 3. t. I. p. 421.
(5) Dig. 21. 1. *Æditlitio edicto*, 1. § 1. f. Ulp.
(6) Dig. ib. 19. § 2. f. Ulp. 20. f. Gay., etc., etc.
(7) Ib. 28. f. Ulp.

aliter expediri hæc res non potest; *vel de rato* stipulatio.

y á veces tambien por el juez, si no es posible proceder de otro modo; ó bien la estipulacion de *que el promitente hará ratificar.*

*Rem salvam fore pupillo.* Ya hemos tratado largamente de esta seguridad, que se debe por los tutores y curadores, y que debe darse por satisdacion (t. I, p. 229). Regularmente el cuidado de ordenarla entra en las atribuciones del pretor (t. I, p. 232). Sin embargo, puede hacerse que sea prescripta en una instancia (*in judicio*) por el juez de un litigio: si el tutor, por ejemplo, dice Teófilo en su paráfrasis, ántes de haber dado satisdacion persigue á un deudor del pupilo, y hallándose la instancia organizada, y las partes ante el juez, el deudor perseguido opone la falta de satisdacion. De esta manera se halla el litigio suspendido, y entónces el juez, pues no se puede hacer otra cosa (*si aliter hæc res expediri non potest*), hace dar la satisdacion. Vemos, en efecto, por una constitucion de Diocleciano, que la sentencia que se pronunciase contra el tutor que litigase en nombre de su pupilo ántes de la satisdacion, no produciria ningun efecto (1). Y sabemos por otra parte que el que trata con el tutor es interesado en tener plena seguridad contra los recursos eventuales del pupilo y contra la insolvencia del tutor (t. I, p. 459).

*Vel de rato.* La explicacion de esto se dará más adelante, lib. 4, tít. XI, *De satisdationibus.*

## TITULUS XIX. — TÍTULO XIX.

### DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS. — DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES (2).

Se dice que la estipulacion es inútil (*inutilis, nullius momenti*), cuando, segun las reglas mismas del derecho civil, es nula, no produciendo ninguna obligacion. Por consiguiente, el pretor, si esta nulidad le parece visible y demostrada, no debe siquiera organizar una instancia y dar un juez á las partes: debe negar la accion. « *Veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque prætoris continetur ex hujusmodi*

(1) Cod. 5. 42. *De tutor. vel curat. qui satis non dedit.* 3. const. de Dioclec. y Maximian.
(2) Dig. 45. 1. *De verboum obligationibus.*—Cod. 8. 39. *De inutilibus estipulationibus.*

*obligationibus actionem denegari»* (1). Exponer los casos en que las estipulaciones son inútiles, es exponer las condiciones necesarias para su validez, es explicar más detalladamente, bajo este aspecto particular, la materia de las obligaciones verbales, ya en general tratada en un título anterior (tít. XV). Toda esta materia forma en el Digesto el asunto de un solo título: *De verborum obligationibus* (2).

El asunto aquí tratado habria debido ser generalizado. Las condiciones necesarias para la validez de los contratos deberian ser examinadas, no sólo con relacion á la estipulacion, sino tambien con relacion á todos los contratos en comun. Pero siendo entre los romanos la estipulacion la forma más ámplia, la forma por excelencia para obligarse, á ella casi siempre referian los jurisconsultos la exposicion de las teorías generales. Hallarémos, pues, aquí reglas comunes de validez, aplicables á todos los contratos; pero tambien reglas particulares, propias sólo de la estipulacion, y que proceden del rigor de este principio; que en este contrato no se trata sólo de la intencion, del consentimiento de las partes, sino de las palabras mismas que han pronunciado.

La materia era bastante extensa para necesitar ser expuesta con un órden metódico y regular: 1.°, *sujeto de la estipulacion*, es decir, personas que pueden, ya estipular, ya prometer, ó que no pueden; 2.°, *objeto de la estipulacion*, es decir, cosas que pueden ser estipuladas y prometidas, ó que no pueden; 3.°, *modos de la estipulacion*, es decir, condiciones, términos y otras modificaciones que pueden ó no acompañarlas, y 4.°, en fin, *formas de la estipulacion* y manera de acreditar su existencia: tal sería, á nuestro juicio, el órden en que deberian colocarse las diversas disposiciones de nuestro título. Pero este órden dista mucho del seguido en la Instituta de Justiniano; los párrafos, yendo y viniendo alternativamente de una idea á otra, se hallan en una verdadera confusion. Sin embargo, obligados á respetar el monumento que traducimos, debemos dar el texto tal como se halla, salvo el restablecer en nuestro resúmen el órden metódico que la razon reclama.

Omnis res quæ dominio nostro subjicitur in stipulationem deduci

Toda cosa sometida á nuestro dominio, ya sea mueble ó inmueble,

(1) Dig. 45. 1. *De verbor. oblig.* 27. f. Pomp.—Obligationes quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur.» Dig. 44. 7. (*De oblig. et act.* 27. f. Papin.)

(2) Dig. 45. 1.

potest, sive illa mobilis, sive soli sit.

puede ser objeto de una estipulacion.

Respecto de la nocion general de lo que puede ser objeto de una estipulacion: cosas corpóreas, cosas incorpóreas, hechos (*facta*), es decir, actos de hacer ó de no hacer, es menester referirse á lo que poco ántes hemos dicho sobre esto.

I. At si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti: Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio (1).

1. Mas si alguno estipuló la dacion de una cosa que no existe, ó que no puede existir, como, por ejemplo, de Estico, que ha muerto y que él creia vivo, ó de un hipocentauro, cuya existencia es imposible, la estipulacion es inútil.

Hay nulidad radical y desde su orígen: no se deben ni la cosa, ni su precio, ni áun la suma prometida como cláusula penal en casos de inejecucion (2).

Pero nadie impide estipular una cosa futura, si es posible su existencia: por ejemplo, frutos que han de ser producidos, ó un esclavo que ha de nacer (3).

II. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam *quam humani juris esse credebat*, vel *publicam* quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem *quem servum esse credebat* vel *cujus commercium non habuerit*, vel *rem suam* dari quis stipuletur. Nec in pendente erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest; sed *protinus inutilis est*. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit; si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est, *sine facto promissoris* devenerit, *stinguitur stipulatio*. At nec statim ab initio talis stipulatio vele-

2. Lo mismo sucede si alguno estipula la dacion de una cosa sagrada ó religiosa, *que creyese profana*, ó de una cosa *pública* destinada al uso perpétuo del pueblo, como un *forum* ó un teatro, ó de un hombre libre *que creyese esclavo*, ó de una cosa *de que no tiene el comercio*, ó *de su propia cosa*. Y de que pueda suceder que la cosa pública se haga privada, el esclavo hombre libre, que el estipulante adquiera el comercio, ó que la cosa deje de ser suya, no resulta de esto que la suerte ó éxito de la estipulacion *queden en suspenso;* pues *desde el momento es afectada de nulidad*. De la misma manera y en sentido contrario, aunque la cosa haya sido válidamente estipulada al principio, si con posterioridad, *y sin culpa del promitente*, se halla en uno de los casos ántes expuestos, *la estipulacion fenece*. Áun es nula desde su orígen esta estipulacion: ¿RES-

(1) Gay. Com. 3. § 97.—Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 1. § 9. f. Gay.
(2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 69. f. Ulp.; 103. f. Modest.
(3) Ib. 73. pr. f. Paul.; 75. § 4. f. Ulp.

bit, LUCITUM TITIUM CUM SERVUS ERIT DARE SPONDES? et similia; quia *quæ, natura sui, dominio nostro exempta sunt*, in obligationem deduci nullo modo possunt.

PONDES DE DARME Á LUCIO TICIO CUANDO SEA ESCLAVO? ú otras semejantes, porque lo que *por su naturaleza se halla fuera de nuestro dominio* no puede en manera alguna ser objeto de una obligacion.

*Publicam.* Lo que no se aplica á las cosas que están, no consagradas al uso público, sino en la fortuna ó en el patrimonio del pueblo ó del fisco (*non in publico usu; sed in pecunia populi, in matrimonio fisci*) (1), y por consiguiente, en el comercio. Ya hemos establecido esta distincion (tomo I, p. 290).

*Vel cujus commercium non habuerit.* Se trata aquí de un impedimento, no general, sino particular y personal al estipulante. La cosa por su naturaleza se halla en el comercio, pero el estipulante es incapaz de adquirirla; por ejemplo, en tiempo de Gayo, de Ulpiano y otros jurisconsultos de aquella época, si un *peregrinus* hubiese estipulado un fundo itálico (2); ó bien en tiempo del Bajo-Imperio, si un hereje, un judío ó un pagano hubiesen estipulado un esclavo cristiano (3). Por lo demas, poco importa si el promitente no tiene el comercio de la cosa prometida: no por eso se obliga ménos, con tal que esta cosa sea susceptible de ser adquirida por el estipulante; por consiguiente, estará obligado á los daños y perjuicios de la inejecucion. «*Multum interest utrum ego stipuler rem cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet. Si quis promittat, cujus commercium non habet, ipsi nocere, non mihi* (4).

*Vel rem suam:* porque ya no puede ser más propietario de lo que es; pero estipularia válidamente el precio y estimacion de la cosa, la que entónces sólo interviene como medida; ó bien la restitucion de la cosa, si se halla depositada: «*Nemo rem suam utili-*

(1) Dig. 18. 1. *De contrahenda emptione.* 6. pr. f. Pomp.; 72. § 1. f. Papin.

(2) Es indudable para mí que los jurisconsultos, que frecuentemente hablan de cosas de las que una de las partes no tuviese el comercio, hacen alusion á las relaciones con los *peregrini*, que eran incapaces de adquirir el dominio quiritario, á quienes el *commercium*, cuando les era concedido, no lo era siempre de una manera completa ni uniforme. Para convencerse de ello, véase Dig. 31. (*De legatis I.*) 49. § 3. f. Paul.; y lo que hemos dicho en la *Generalizacion del Derecho romano*, número 11.

(3) Cod. 1. 10. *Ne christianum mancipium hereticus, vel judæus, vel paganus habeat vel possideat.* 1. const. de Honor. y Teodos.

(4) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 34. f. Ulp.—Añádase Dig. 31. (*De legatis I.*) 49. § 3. f. Paul.

*ter stipulatur, sed pretium rei suæ non inutiliter; sane rem (meam) mihi, restitui recte stipulari videor»* (1).

*Protinus inutilis est:* véase aquí uno de los casos de aplicacion de esta regla de derecho: «*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (2).

*Extinguitur stipulatio.* Por ejemplo, si la cosa prometida ha perecido en su totalidad (3); si se ha hecho sagrada ó religiosa; si el esclavo se ha hecho libre (4); si el que habia estipulado una servidumbre para su fundo lo ha enajenado despues, etc. «*Corrumpit stipulationem*, dice Modestino hablando de esto último, *in eum casum deducendum a quo stipulatio incipere non possit*» (5). La consecuencia de esta extension es que el promitente queda libre, y que ya no se puede pedirle ni la cosa ni su precio: es, pues, un modo de solucion, de liberacion. — Pero para esto es preciso que el hecho ó suceso haya ocurrido, no sólo sin culpa, sino áun sin la menor participacion del pretendiente: «*Sine facto promissoris*», nos dice el texto: si no, la obligacion continúa subsistiendo, «*perpetuatur obligatio*» (6). Lo mismo sucede si el suceso ha ocurrido miéntras que el deudor se hallaba en estado de cumplir su obligacion: «*Nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid hujusmodi acciderit*» (7).—¿Qué se decidirá si con posterioridad la cosa vuelve al comercio: si, por ejemplo, el hombre manumitido vuelve á ser esclavo, ó profana la cosa consagrada ó hecha religiosa? ¿La estipulacion extinguida por el primer suceso se restablecerá por efecto del segundo? Celso, á juzgar por uno de sus fragmentos relativo á la materia de los legados, tambien lo decia así (8). Pero su opinion se halla contradicha, áun en esta materia especial, por otros jurisconsultos (9); y Paulo nos dice expresamente que no ha sido admitida: «*In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*» (10).—A pesar de la generalidad de estas

---

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 82. f. Ulp.

(2) Dig. 50. 17. *De regulis jur.* 29. f. Paul.—45. 1. *Verb. oblig.* 83. § 5. f. Paul.

(3) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 33. f. Pomp.: «*Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur: non tenetur promissor.*»

(4) Ib. 83. § 5. f. Paul.

(5) Dig. 8. 1. *De servitutibus.* 11. f. Modest.

(6) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 91. f. Paul. dedicado por el jurisconsulto al exámen de los diversos casos de culpas ó hechos imputables.

(7) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 23 y 33. f. Pomp.; 82. § 1. f. Ulp.; 91. pr. §§ 1 y 3. f. Paul.

(8) Dig. 32. (*De legatis III.*) 79. § 3. f. Cels.

(9) Dig. 34. 4. *De adimend. legat.* 27. § 1. f. Paul.

(10) Dig. 46. 3. *De solutionibus.* 98. § 8. f. Paul. — 45. 1. *De verb. oblig.* 83. § 5. f. Paul.

expresiones del texto, *in earum qua causa de quibus supradictum est*, no será preciso extender su disposicion á todos los casos enumerados ántes. En efecto, si habiendo el estipulante estipulado una cosa que en el momento de la estipulacion fuese cosa de otro, ésta con posterioridad se hace suya, el promitente no queda libre por esto : debe pagar el precio. Para que este suceso lo dejase libre, sería menester la reunion de dos circunstancias : 1.°, que la cosa hubiese sido por él gratuitamente prometida, y por pura liberalidad; 2.°, que la causa que le hace adquirir por otra parte el estipulante, fuese esta misma una causa puramente gratuita. Entónces se aplicaria el principio que ya hemos visto en la materia de legados (t. I, p. 670): «*Duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse*» (1).

*Quæ natura sui, dominio nostro exempta sunt:* así con respecto á esta última disposicion, es preciso distinguir entre las cosas que se hallan fuera del comercio por su misma naturaleza (*natura sui*) de un modo absoluto, y las que sólo se hallan afectadas de un impedimento accidental, relativo á la persona del estipulante. En este último caso la estipulacion condicional no es nula desde el principio; para juzgar de su validez es preciso esperar que se realice la condicion; si en este caso subsiste todavía el impedimento, la estipulacion es inútil; si el impedimento ha cesado, es válida: «*Si rem meam sub conditione stipuler: utilis est stipulatio, si condictionis existentis tempore mea non sit*» (2).

Hagamos observar, para terminar, lo que concierne á este párrafo, que aquí en materia de estipulacion la buena fe y la ignorancia del que ha estipulado una cosa sagrada ó religiosa creyéndola profana, una cosa pública creyéndola privada, ó un hombre libre creyéndolo esclavo; esta buena fe, decimos, no le serviria de nada, ni valdria la estipulacion (*quam humani juris esse credebat, quem servum esse credebat*, no dice el texto). Se trata aquí de un contrato de derecho estricto; ha estipulado que se le daria la propiedad; esta dacion es imposible; por consiguiente, á pesar de

(1) Inst. 2. 20. 6. Es preciso no olvidar, por otra parte, lo que la aplicacion de esta máxima ofrece de especial, relativamente á la persona del padre de familia y á la del hijo ó del esclavo en materia de legados (t. I, p. 671.—Dig. 44. 7. *oblig. et act.* 17. f. Jul.: «*Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa ad creditores pertinuisset.*» —Ib. 19. f. Jul.—45. 1. *Verb. oblig.* 83. § 6. f. Paul.)

(2) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 31. f. Pomp.

su ignorancia y de su buena fe, la estipulacion es inútil; la accion que deberia resultar de aquí no se le dará ni áun para reclamar la estimacion de la cosa ó de los daños y perjuicios. Pero esto es especial á la estipulacion, y se refiere á la naturaleza de este contrato. Verémos, en efecto, que sucederia otra cosa en materia de de venta (véase mas adelante, título 24, § 5).

III. Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, *non obligabitur;* veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si *effecturum se ut Titius daret*, spoponderit, obligatur.

3. Si alguno responde que otro dará ó hará, *no está obligado;* por ejemplo, si responde que Ticio dará cinco sueldos de oro. Pero si responde que él mismo *hará de manera que Ticio dé*, está obligado.

IV. Si quis alii quam cujus juri subjectus sit stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti si quis ita stipuletur: MIHI AUT SEIO DARE SPONDES? ut obligatio quidem stipulatori adquiratur solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit; ut liberatio ipso jure contingat; sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quod si quis *sibi et alii* cuyus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio; sed utrum totum debeatur quod in stipulationem deductum est an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placet non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Et qui juri tuo subjectus est si stipulatus sis, tibi adquiris; quia vox tua tanquam filii sit sicut filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt.

4. Si alguno estipula para un tercero, para otro que no sea aquel bajo cuya potestad se halla, el acto es nulo. Lo que no impide que el pago pueda ser conferido en la persona de un tercero; como, por ejemplo, en estos términos: ¿PROMETES DE DARME Á MÍ Ó Á SEYO? de tal manera que el estipulante adquiere sólo la estipulacion; pero el pago puede hacerse válidamente, áun contra su voluntad, á Seyo; y la liberacion se sigue de aquí, salva la accion de mandato, que tendrá el otro contra Seyo. Si alguno estipula *para sí y para un tercero*, bajo cuyo poder no se haya sometido, que se darán diez sueldos de oro, la estipulacion es ciertamente válida. ¿Pero la deuda será del total comprendido en la estipulacion, ó de la mitad solamente? La cuestion ha producido alguna duda. En vista de todo decidimos que sólo se deberá la mitad. Si tú estipulas para aquel que se halla bajo tu potestad, adquieres para tí, porque tu palabra es como la palabra de tu hijo, lo mismo que la de éste es como la tuya en las cosas que pueden adquirirse.

Estos dos párrafos, á los cuales sería preciso añadir, para completarlos, los §§ 19, 20 y 21 que se hallan más adelante, tratan de una materia importante y digna de atencion en el derecho romano: la de saber para quién puede cada uno estipular ó prometer.

Hay un axioma general, recibido en la doctrina «*Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*», tomado no expre-

samente, sino por induccion y con muy corta diferencia, de los fragmentos del derecho romano (1).

Este principio se aplica en materia de contratos, donde lo hallamos formulado como regla general, á todos los contratos sin distincion, tanto los de buena fe, como á la venta, por ejemplo, cuanto á las demas. «*Certissimum est, ex alterius contractu neminem obligari*», expresa una constitucion de Diocleciano (2). «*Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inamen actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*» (3), ha escrito el jurisconsulto Paulo. La consecuencia es que si nuestra intencion al formar un contrato, áun de buena fe, ha sido, no ya obligarnos nosotros mismos, sino obligar á un tercero; ó bien, en sentido contrario, no ya ligar con nosotros á la parte contratante, sino ligarla con un tercero, el acto será nulo. No habrémos adquirido ni contraido ninguna obligacion, ni para nosotros, porqué no lo hemos querido, ni para un tercero, porque no lo hemos podido. Es lo que dice elegante y lacónicamente una constitucion de Diocleciano respecto de un marido que, administrando los negocios de su mujer, hubiese comprado, no en su propio nombre, sino en el de su mujer: «*Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius empti actionem nec illi, nec tibi quæsisti, dum tibi non vis nec illi potest*» (4).

Siendo esto cierto con respecto á todos los contratos, hallamos, ademas, en cuanto á la estipulacion, alguna cosa de más característico que importa bien notar. Aquí el contrato se forma por palabras (*verbis*) y únicamente entre los que las han pronunciado: «*Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*» (5). No á la simple intencion, sino á la estricta pronunciacion de las palabras, es preciso referirse. Y cada uno sólo puede hablar por sí mismo, ya interrogando, ya respondiendo: «*Inventæ sunt hujusmodi*

---

(1) «*Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere, sæpe constitutum est.*» Cod. 7. 60. *Inter alios acta vel judicata, aliis non nocere.* 1. const. de Dioclec. y Maxim.

(2) Cod. 4. 12. *Ne uxor pro marito*, etc., 3. const. de Dioclec y Maxim.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 11. f. Paul. — Dig. 50. 17. *De regulis juris.* 73. § 4. f. Quint. Muc. Scevol.: «*Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*»

(4) Cod. 4. 50. *Si quis aleri, vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit.* 6. const. de Diocl. y Maxim.

(5) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 83. pr. f. Paul.

*obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest»*, dice Ulpiano (1); «*De se quemque promittere opportet»*, dice Paulo (2). Bien que en principio de derecho civil, este acto, como ya hemos dicho, no puede hacerse por representante ni por mensajero ni por uno que lleve la palabra (*nuntius*). Esto supuesto, examinemos más detalladamente las consecuencias de estos principios respecto de cada una de las partes de que se compone el contrato verbal, y primeramente respecto del estipulante.

La regla general es que no se puede estipular por otro: «*Alteri stipulari nemo potest.*» Es decir, que no se puede válidamente estipular que se dará ó hará alguna cosa á otro. Lo que significa, no sólo que el tercero para quien se ha estipulado no tendrá accion, pues es extraño al contrato, sino áun que el estipulante tampoco tendrá ninguna, y que no podrá exigir que él promitente dé ó haga á otro lo que ha prometido, siendo útil la estipulacion. Y el motivo repetido frecuentemente en los textos es que el estipulante no tiene ningun interes: «*Nihil interest stipulatoris*»;— «*Ut alii detur nihil interest mea.*» — «*Nisi intersit*» (3).— De donde se sigue la consecuencia de que en caso de que el estipulante tenga en él interes, la estipulacion será válida. «*Si stipuler alii, cum mea interesset: videamus an stipulatio committatur? Et ait Marcellus stipulationem valere*» (4). Lo que quiere decir, no que el tercero tendrá la accion que resulte de esta estipulacion, porque es extraño á ella, y siendo para él *res inter alios acta;* sino que el estipulante podrá proceder en virtud de su propia estipulacion para obligar al promitente á dar al tercero, ó hacer para el tercero lo que ha prometido. Por lo demas, no basta, para hacer así válida la estipulacion, un simple interes de afecto: es preciso un interes jurídico. Por ejemplo, yo estoy obligado por una causa cualquiera á hacer construir una casa á Ticio; estipulo de alguno que la construirá: esta estipulacion es válida, y yo tengo accion contra el promitente para hacerle que cumpla su promesa, porque tengo interes en ello (5). Tales son tambien los ejemplos que se dan más adelante en el § 20.—En fin, en los casos en que el estipulante

---

(1) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 17. Fragmento de Ulpiano reproducido más adelante, § 18.
(2) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 83. pr. f. Paul.
(3) Más adelante, § 18. — Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 17. f. Ulp. — Cod. 8. 39. *De inutilibus stipulationibus.* 3. const. de Diocl. y Maxim.
(4) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 20. f. Ulp.
(5) Ib. 38. §§ 20. 21. 22 y 23. f. Ulp.

no tiene ningun interes de derecho en que la cosa estipulada se dé á un tercero ó se haga para un tercero (*etiam ei cujus nihil interest*) se presenta un medio para hacer válido el contrato verbal, cual es hacerlo recaer sobre la estipulacion de una pena : « *Plane si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet* » (1). Por ejemplo : ¿ PROMETES DAR TANTO Á TICIO ? ó ¿ PROMETES HACER TAL COSA POR TICIO ? Estipulacion inútil, porque suponemos que no tengo ningun interes de derecho en que esto sea dado ó hecho á Ticio. Pero yo he añadido : ¿ Y SI NO LO DAS, ó bien, Y SI NO LO HACES ASÍ, ¿ PROMETES DARME CIEN SUELDOS DE ORO ? La estipulacion es válida é importa apreciarla bien. La pena no es aquí una cosa accesoria, la representacion de un interes que no existe, la seguridad de una estipulacion principal, inútil ; á decir verdad, forma por sí misma el objeto principal de la estipulacion. Es permitido á cada uno estipular bajo condicion, con tal que ésta no tenga nada de imposible ó ilícito : pues bien, en la especie no he hecho yo otra cosa. En el fondo, es como si yo hubiese dicho : ¿ SI NO DAS Ó SI NO HACES TAL COSA Á TICIO, PROMETES DARME CIEN SUELDOS DE ORO? La condicion es potestiva de parte del promitente ; es libre en dar ó no dar á Ticio ; pero faltando este último caso, la condicion se cumple, y adquiere el derecho de mi estipulacion (*committitur stipulatio*). Tales son los principios relativos especialmente al estipulante : sólo resta ya añadir lo que dice el texto de las estipulaciones, *mihi aut Seio, sibi et alii.*

*Mihi aut Seio :* Verdaderamente y en la totalidad para mí he estipulado la cosa prometida ; Seyo sólo es indicado para la ejecucion, como pudiendo recibir válidamente el pago por mí : « *Seio autem dumtaxat recte solvitur* » (2). Se le llama *solutionis gratia*, ó *solutionis causa adjectus* (3). La estipulacion es, pues, válida, y en su totalidad. ¿Pero cuál es la situacion de las tres personas que en ella tienen representacion? — La obligacion sólo la adquiero yo estipulante : « *Constat mihi soli adquiri obligationem* » (4); yo solo tengo la accion de ella, y en mí solo debe recaer el beneficio. — El promitente tiene el derecho de pagar válidamente á Seyo, áun contra mi voluntad (*me etiam invito, etsi prohibeam*); porque sólo

---

(1) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 17. f. Ulp. — Y más adelante § 19.
(2) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 141. § 3. f. Gay.
(3) Dig. 46. 3. *De solut. et liber.* 95. § 5. f. Papin. — 46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian.
(4) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 141. § 3. f. Gay.

se halla ligado segun los términos de la estipulacion. Yo no podria, pues, aquí, como en el mandato ordinario, revocar la especie de poder conferido á Seyo : « *Quia certam conditionem habuit stipulatio quam inmutare non potest stipulator* » (1). El deudor no puede tampoco exceder los términos de la estipulacion : sólo á Seyo, á Seyo individualmente, y no á ningun otro en su lugar, ni áun á sus herederos, tiene el derecho de pagar válidamente. Y poco importa que Seyo sea hijo de familia, esclavo, pupilo ó furioso: sólo á él, segun principio, y no al padre, á la madre, al tutor ni al curador, puede hacerse el pago válidamente (2). En cuanto á Seyo, es extraño á la estipulacion : no puede ésta ni ligarle ni ligar á ningun otro con él. Así, á ménos que por otra parte no se haya él obligado conmigo, no está sin duda obligado á recibir para mí. Pero si recibe aunque no sea un verdadero mandatatario (3), se asimila á éste, y tengo contra él la accion de mandato (*mandati actionem*) (4). Generalmente, en la realidad de los negocios, yo le hubiera prevenido ántes de este encargo, y hubiera habido, de él á mí, verdaderamente contrato de mandato. Por lo demas, como en manera alguna adquiere los poderes, y es sólo una especie de mandatario limitado, no podria ni prometer su accion, ni extinguirla por novacion ó por entrega, ni recibir fideyusores ó prendas (5).

*Sibi et alii :* Aquí el tercero se halla adjunto, no sólo para el pago, sino tambien para la misma adquisicion de la obligacion (*non solutionis causa, sed adquirendæ obligationis gratia*). El estipulante estipula en parte para sí mismo y en parte para otro. ¿Será válida en su totalidad la estipulacion, ó bien sólo valdrá en su mitad, siendo inútilmente estipulada la mitad que corresponde al tercero? Las dos escuelas de jurisprudencia se hallaban divididas en este punto. Los Sabinianos declaraban válida la estipulacion en el todo. « *Nostri præceptores*, dice Gayo, *putant in universum valere, et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum debere, atque si extranei nomen non adjecisset* » (6). Los Proculeyanos, por el con-

(1) Dig. 46. 3. *De solut. et lib.* 12. § 3. f. Ulp.; 106. f. Gay.

(2) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 55. f. Julian. — 46. 3. *De solut. et liber.* 9. f. Ulp.; 95. § 7. f. Papin.

(3) Dig. 46. 3. *Sol. et lib.* 12. pr. y § 1. f. Ulp.

(4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 131. f. Scevol.

(5) Dig. 46. 3. *De sol. et lib.* 10. f. Paul. — 13. 5. *De pecun. constit.* 7. § 1. f. Ulp. — 46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian.—20. 1. *De pignor.* 33. f. Trifon.

(6) Gay. Com. 3. § 103.

trario (*sed diversæ scholæ auctores*, dice Gayo), decidian que sólo era válida en la mitad : «*Pars enim mea deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.*» Esta decision ha sido adoptada por Justiniano; y sin embargo, se descubren todavía en el Digesto vestigios de una y otra (1).

Esto es por lo que respecta al estipulante. Examinemos ahora el principio establecido por lo que respecta al promitente. Se halla perfectamente establecido en nuestro § 3. Ninguno puede válidamente prometer por otro; es decir, que no puede prometer que otro dará ó hará (*alium daturum facturumve*). Lo que significa, no sólo que el tercero no se hallará ligado en manera alguna por esta promesa, pues es extraño á ella, sino que ni el mismo promitente se hallará obligado : «*Alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur*» (2) : *non obligabitur*, dice nuestro texto. Y el motivo es que no lo ha querido, ó al ménos, que las palabras no lo han expresado.—Si, pues, las palabras expresan que él mismo se obliga á hacer dar ó hacer por el tercero (*effecturum se ut Titius daret*), la estipulacion es válida, y el promitente queda obligado (3). Aun á veces esto se supone como resultado necesario de la naturaleza de la promesa; por ejemplo, cuando yo prometo que tal persona se presentará ó permanecerá en justicia : «*Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet*» (4).—En fin, áun cuando las palabras no expresen otra cosa que la promesa del hecho de otro, estipulacion inútil por sí misma, hay medio de hacer válido el contrato verbal, prometiendo una pena : «*At si quis velit factum alienum promittere, pœnam vel quanti ea res sit, potest promittere*» (5). Es preciso aplicar aquí lo que acabamos de decir de la estipulacion para otro en caso semejante.

Establecida la regla general, es preciso observar en primer lugar que hay individuos á quienes no se aplica, y de los cuales pueden algunos estipular ó prometer por los otros, á causa de la unidad de persona que hay entre ellos. Así : 1.º cada uno puede estipular ó

---

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 110. f. Pomp.—Para la otra opinion, en materia de venta : Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 64. f. Javol., y 8. 4. *Comm. præd.* 4. f. Javolen.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. pr. f. Paul.; 38. § 1. f. Ulp.

(3) Como tambien cuando promete dar en nombre de Ticio : « Possum utiliter a te stipulari, *Titii nomine te soluturum:* neque enim hoc simile est illi, *Titium daturum.*» Dig. 45. 1. *Verb. obl,* 97. § 1. f. Cels.

(4) Ib. 81. f. Ulp.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 38. § 2. f. Ulp.

prometer, añadiendo á su persona la de su heredero : «*Suæ personæ adjungère quis heredis personam potest*» (1); adjuncion que vale de derecho, á ménos de exclusion expresa ó que resulte de la naturaleza misma del objeto estipulado.—2.° El jefe de familia puede estipular para el esclavo y para el hijo que tiene bajo su potestad; es decir, estipular que se les dará, ó que se hará para ellos alguna cosa, y la obligacion la adquieren como si hubiesen estipulado para sí mismos, aunque respecto del hijo con las distinciones que exigen las reglas relativas de los peculios : «*Dominus servo stipulando sibi adquirit : sed et pater filio, secundum quod leges permittunt*» (2).—3.° Por el contrario, el que se halle bajo la potestad de un jefe de familia puede estipular válidamente para este jefe y para todos aquellos que se hallan sometidos bajo la postestad del mismo, pues entre todos estos individuos hay unidad de persona jurídica; y la obligacion la adquiere el jefe. «*Quodcumque stipulatur is qui in alterius potestate est pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus*» (3). Así el esclavo puede estipular, como ya hemos dicho, para su señor, para el hijo de su señor y para su coesclavo. Puede tambien estipular válidamente para aquel á quien pertenece en usufructo ó en uso; ó para el que lo posee de buena fe, pero sólo en los límites de su adquisicion (t. I, p. 470) : este último punto se aplica áun al hombre libre poseido de buena fe como esclavo. Del mismo modo el hijo de familia puede estipular para su padre, para el esclavo de su padre, ó para aquellos que se hallan, como él, sometidos bajo su patria potestad (4). Obsérvese á este propósito esta expresion enérgica de nuestro texto : «*Vox tua tanquam filii, sicut et filii vox tanquam tua intelligitur.*» En cuanto á las promesas, es menester referirse á lo que (lib. 4, tít. VII) dirémos sobre la manera con que el jefe puede, por medio de las instituciones pretorianas, responder de las obligaciones contraidas por los que tiene bajo su potestad.

---

(1) Ib. 38. pr. §§ 1, 2, 5, 10 á 14. f. Ulp.; 49, § 2. f. Paul.—Véase tambien 56. § 1. f. Julian.; 131. pr. 133. f. Scævol., y lo que dirémos en adelante, § 13, de la estipulacion *post mortem suam*.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 39. f. Paul.—45. 3. *De stipul. serv.* 28. § 2. f. Gay.—Cod. 8. 38. *De contrah. et committ. stipul.* 2. const. de Sever. y Anton.—Obsérvese, sin embargo, la distincion que hay entre la estipulacion de un derecho y la de un *hecho* exclusivamente personal. Esta última, hecha por el padre para el hijo, no sería válida; mas, por el contrario, la hecha por el hijo para el padre, lo sería. 45. 1. *Verb. obl.* 130. f. Paul.

(3) Ib. 45. f. Ulp.

(4) Ib. 38. §§ 6, 15 y 17 f. Ulp.; 40. f. Pomp., áun á pesar de la prohibicion del señor (*vetante domino*). 62. f. Julian.; 78. f. Paul.; 141. pr. f. Gay.—45. 3. *De stipul. servor.* 1. § 3. f. Julian.

En fin, bajo el punto de visto de la procuracion, es decir, de la posibilidad de estipular por medio de un representante, no se ha permanecido siempre bajo la estricta aplicacion del primitivo derecho civil : la utilidad, ó áun la indispensable necesidad, en ciertas circunstancias, ha hecho admitir algunas modificaciones. Así, hemos visto que la estipulacion *rem pupillo salvam fore* puede hacerse en nombre del pupilo *infans* ó no presente, ya por un esclavo público, ya por una persona designada por el pretor (t. I, p. 232), ya por el mismo magistrado (1); que las estipulaciones pretorianas pueden hacerse por procurador (2); del mismo modo, para el agente de las municipalidades (*actor municipum*), para el tutor del pupilo, para el procurador de un militar (*procurator militis*) (3), ó áun para el curador del loco ó del adolescente, para el procurador de una persona cualquiera, en algunos casos particulares (4); en fin, nos dice Ulpiano que si la promesa ha sido hecha al procurador en presencia del mandante, se dará á este último la accion (5) ; pero en todos estos casos no será la accion directa procedente del mismo derecho civil, sino una accion útil.

Hemos insistido acerca de la explanacion de estos principios en derecho romano, y llamamos acerca de su estudio una atencion tanto mayor, cuanto que se hallan invertidos y trastornados en los artículos 1119, 1120 y 1121 de nuestro código civil, no habiendo otro medio que llegar hasta su orígen, para que sea posible aclarar el funesto contrasentido que resulta de esta introduccion en nuestra sociedad y en nuestro sistema de contratos.

---

(1) Dig. 27. 8. *De magist. convent.* 1. § 15. f. Ulp.—La misma necesidad se presenta para la satisdacion que se ha de dar, en caso de adrogacion de un impúbero. Dig. 1. 7. *De adopt.* 18. f. Marcel. —El pretor, ya desde las acciones de la ley, en la accion *sacramenti*, aparece como recibiendo *prædes* en nombre del público. Gay. Com. 4. § 13.

(2) Dig. 39. 2. *De damn. infect.* 18. § 16. f. Paul.; 39. § 3. f. Pomp.; y 13. § 13. f. Ulp.

(3) Esto se dice expresamente por Ulpiano por la constit. : Dig. 13. 5. *De pecun. constit.* 5. § 9. f. Ulp.; y especialmente para la estipulacion, en el caso de que se trate de estipular para el pupilo, para el loco, para el adolescente, ó para el militar, la restitucion de una suma á ellos correspondiente, que haya sido dada en *mutuum;* es decir, de estipular, *ex re eorum*. Dig. 12. 1. *De reb. redit.* 26. f. Ulp.

(4) En caso de venta por procurador y de las satisdaciones dadas accesoriamente á la venta : Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 25. f. Ulp.; especialmente para la estipulacion, cuando el procurador estipula *ex re domini :* Dig. 3. 3. *De procurat.* 68. f. Papin.; ó cuando los intereses del señor no pueden salvarse de otro modo (*si modo aliter rem suam servare non potest*), lo que se dice particularmente por Gayo y Ulpiano respecto de los contratos hechos por un *institor*. Dig. 14. 3. *De institor. action.* 1. f. Ulp. y 2. f. Gay.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 79. f. Ulp.: «*Si procuratori præsentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.*»

V. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat : veluti, *si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra;* aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra; si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas : PRÆSENTI DIE SPONDEO. Nam si hoc solum respondeas : PROMITTO, breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

5. La estipulacion es tambien inútil, si la respuesta no conviene con la pregunta : por ejemplo, *si se estipula de tí diez sueldos de oro y tú prometes cinco, ó al contrario;* ó bien se estipula pura y simplemente, y tú prometes bajo condicion, ó al contrario. Con tal, sin embargo, que se exprese la diferencia, es decir, que al que ha estipulado bajo condicion ó por término, respondas tú : YO PROMETO PARA HOY; porque si tú has respondido sólo : YO PROMETO, se reputa que has respondido brevemente por el mismo término ó bajo la misma condicion. En efecto, no es necesario repetir en la respuesta todo lo que ha expresado el estipulante.

La conformidad exacta de la promesa con la estipulacion es un principio esencial del contrato verbal : no basta que la intencion, que el consentimiento de las partes se encuentren allí, sino que se necesita que se hallen en las palabras, en la forma de una interrogacion anterior, y de una respuesta conforme, que se sigue inmediatamente. Por este principio es menester guiarse. Por lo demas, la necesidad de esta conformidad no llega hasta exigir que la respuesta repita los mismos términos de la interrogacion, ni áun que se haga en la misma lengua, ni en tal expresion de asentimiento más bien que en cual otra (1).

«*Si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.*» Sin embargo, esta cuestion habia dividido á los jurisconsultos, y, como sucede muy frecuentemente, las dos opiniones contrarias se hallan insertas en las colecciones de Justiniano. La de nuestro texto, que pronuncia la nulidad completa de la estipulacion, está tomada de la Instituta de Gayo (2); en ella cada suma es considerada como un objeto distinto; por consiguiente, recayendo la interrogacion sobre uno de estos objetos, y la respuesta sobre otro, hay nulidad : por el contrario, Ulpiano y Paulo consideran las sumas como cantidades, y pues es incontestable que la cantidad menor se halla comprendida siempre en la mayor, la estipulacion,

(1) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 1. § 2. f. Ulp.; pero la simple señal de asentimiento (*si sine verbis adnuisset*) no bastaria.

(2) Gay. Com. 3. § 102.

segun ellos, será válida en la suma menor : «*Quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur*», dice Paulo : «*Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti ét decem inesse*», dice Ulpiano. Esta última decision es la que se halla reproducida en el Digesto (1).

VI. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

6. La estipulacion es inútil si tú estipulas de aquel que se halla bajo tu potestad, ó si él estipula de tí. En cuanto al esclavo, no puede obligarse, no sólo con su señor, sino ni con cualquiera otra persona, miéntras que los hijos de familia pueden obligarse con otro.

La unidad de persona jurídica entre el jefe de familia y los que se hallan bajo su potestad, unidad que hace que puedan estipular de un tercero unos para otros, les impide precisamente, y por la misma razon, estipular válidamente entre sí, unos de otros. Sin embargo, la introduccion de los peculios, las ideas filosóficas del derecho de gentes, y las instituciones pretorianas modificaron este rigor civil, en el sentido de que se reconocieron entre estas personas obligaciones naturales (2).—En cuanto á lo que concierne á la incapacidad del esclavo y á la capacidad del hijo para obligarse hemos ya tratado la cuestion.

VII. Mutum neque stipulari, neque promittere posse palam est. *Quod et in surdo receptum est;* quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et is qui promittit, verba stipulantis, audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

7. El mudo no puede evidentemente ni estipular ni prometer. La misma decision ha *sido admitida con respecto al sordo*, porque el que estipula debe entender las palabras del promitente, y el que promete, las palabras del estipulante. Segun este motivo es claro que no hablamos del que oye con dificultad, sino del que no oye nada.

*Quod et in surdo receptum est.* La imposibilidad del contrato de palabras para el mudo era evidente : «*Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est*» (3), dice Gayo; pues es necesario que cada parte pronuncie palabras : «*Stipulatio*

---

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. § 4. f. Ulp.; 83. § 3. f. Paul.

(2) Dig. 12. 6. 38. f. Afric. Y para el peculio castrense, respecto del cual el hijo es reputado padre de familia, Dig. 5. 1. *De judic.* 4. f. Gay.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 14 y 15. f. Gay.

*non potest confici nisi utroque loquente*» (1). Pero respecto del sordo, se habria podido decir en rigor que la sordera ni impide la pronunciacion de las palabras, y por consiguiente la posibilidad material del contrato. La jurisprudencia no ha admitido esta conclusion, y por el contrario, ha admitido el principio de que las dos partes deben, no sólo hablar, sino tambien entenderse recíprocamente. « *Quoniam exaudire invicem debent* » (2).

VIII. Furiosus nullum negotium gerere potest; quia non intelligit quæ agit.

8. El loco no puede ejecutar ningun acto de derecho, porque no tiene inteligencia de lo que hace.

No puede, ni áun con asistencia de su curador (3). Sin embargo, las estipulaciones y las promesas hechas por él en sus lúcidos intervalos (*in dilucidis intervallis*) serán válidas; porque es preciso aplicar aquí lo que ya hemos visto respecto de los testamentos (4).—En cuanto al pródigo á quien se ha entredicho la administracion de sus bienes, puede válidamente estipular, pero no prometer : «*Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari*» (5).

IX. Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

9. El pupilo puede administrar válidamente cualquier negocio con tal que intervenga el tutor en los casos en que se requiera su autorizacion, por ejemplo, cuando se obliga al pupilo, porque puede sin esta autorizacion obligar á los demas consigo mismo.

X. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent : nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benig-

10. Lo que acabamos de decir de los pupilos no se aplica sino á los que ya tienen alguna inteligencia; porque el infante, y el que todavía se halla próximo á la infancia, apénas se diferencian del loco, pues no tienen ninguna inteligencia. Sin embargo, respecto de los pupilos todavía próximos á la infancia, y por utilidad de ellos, una interpretacion

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 1. pr. f. Ulp.

(2) Ib. Gay. Com. 3. § 105.

(3) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 5. f. Paul. *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullium negotium contrahere potest: pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.*» — 41. 7. *De oblig. et act.* 1. § 12. f. Gay. — Instit. de Gay. Com. 3. § 106.

(4) Instit. 2. 12. § 1. t. 1. p. 538. — Cod. 6. 22. *Qui testam. fac. poss.* 9. const. de Justin.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 6. f. Ulp.

nior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes; *nec auctore quidem patre obligatur.*

más favorable les ha concedido la misma capacidad que al pupilo próximo á su pubertad. En cuanto al impúbero sometido bajo la patria potestad, no puede obligarse *ni áun con autorizacion de su padre.*

Las breves nociones que ya hemos dado (*Generalizacion del derecho romano*, p. 36 y siguiente) sobre los diversos períodos que se distinguen en la edad de los impúberos, y sobre las consecuencias que de ellas sacaban los jurisconsultos romanos con respecto á su capacidad, exigen aquí algunas explanaciones en lo que concierne á la estipulacion.

El primitivo derecho romano en las palabras *impubes infans* habia tomado las cosas á la letra, fijándose en el hecho material, en el fenómeno físico. En este derecho, lo mismo que el *impubes* es el que no puede todavía engendrar, el *infans* es el que no puede todavía hablar: la composicion filológica de la palabra explica rigorosamente el pensamiento. La facultad generadora constituye el púbero, y la palabra al hombre salido de la infancia. ¿En qué tiempo? En el momento mismo en que se verifica el fenómeno, momento variable, segun que los individuos son más ó ménos precoces ó tardíos; así no hay edad jurídica y uniformemente determinada. — En el lenguaje de los antiguos jurisconsultos, hasta en los textos insertos en el Digesto de Justiniano, y en las constituciones imperiales anteriores á Teodosio, la palabra *infans* se toma siempre en este sentido material y rigoroso: *Qui fari non potest, antequam loqueretur, prius quam fari possit, qui fari potest, qui loqui potest, ex quo fari cœperit.*» Estas expresiones y otras semejantes vienen frecuentemente á traducir ó explicar de un modo indudable el pensamiento (1); y todavía con más frecuencia, para mayor conviccion, hallamos al *infans* comparado, bajo este aspecto, con el mudo (2).

(1) Dig. 26. 7. *De admin. tutor.* 1. § 2. f. Ulp. «*Qui fari non possunt.*» 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul.: «*Si fari possit.*» — 36. 1. *Ad. s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mecian. «*Eo quod fari non potest...*; *cum fari non possit.*» 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1. á 6. f. Ulp.: «*Qui fari non potest...*» — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gay.; «*Qui loqui potest.*» — 45. 1. 70. f. Ulp.: «*Qui fari non poterat*»; y 141. § 2. f. Gay.: «*Ex quo fari cœperit.*» — 46. 6. *Rem pupill. salv. fore*, 6. f. Gay.: «*Si pupillus abest aut fari non potest; si præsens sit, et fari potest.*» — Y en el Código, 6. 9. *Qui admitt. ad bon. posses.* 3. const. de Dioclec. y Maxim.: «*Antequan loqueretur.*» 8. 54. *De donation.* 26. const. de Constantin.: «*Priusquam fari possit.*»

(2) Dig. 36. 1. *Ad. s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Marcian. — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1. á 6, y § 8. f. Ulp. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 13 y 14. f. Gay. — *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.

Esto supuesto, los actos jurídicos en que deben pronunciarse fórmulas, en las que son necesarias la presencia y la palabra de las partes, se hallan fuera de todo alcance del *infans*, del que todavía no habla: hay imposibilidad absoluta de que verifique semejantes actos. Tal es, en particular, la estipulacion: «*Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt* (1).

Pero desde que el impúbero puede hablar, proferir palabras, ¿será capaz de representar el papel de actor en los actos jurídicos por el hecho solo de poder pronunciar las fórmulas? Los jurisconsultos romanos no habian disimulado que la inteligencia, sobre todo la inteligencia de los actos formales, no se obtiene tan pronto como la palabra; que esta inteligencia falta, no sólo en el *infans*, es decir, en el que no habla, sino tambien en el que principiando ya hablar se acerca más al infante que al púbero (*infanti proximus*), época tan indeterminada como lo eran las otras dos á quienes servia de intermedia; pero que era considerada como prolongándose comunmente hasta cerca de los siete ú ocho años; y si bajo el aspecto de la palabra comparaban al *infans* con el mudo, bajo el aspecto de la inteligencia comparaban al loco con el *infans* y el *infanti proximus* (es decir, el menor de siete ú ocho años): «*Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant*», dice nuestro texto, copiando la Instituta de Gayo (2).—La consecuencia habria debido ser que el *infanti proximus*, aunque pudiesen físicamente proferir palabras, no teniendo ninguna inteligencia (*nullum intellectum*), y estando bajo este aspecto casi asimilado á un loco, no podia válidamente aparecer como actor en actos que no comprendia. Sin embargo, por decision más favorable y por utilidad suya (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), los impúberos, aunque no se hallasen todavía en edad de comprender, y por el hecho solo de que podian hablar y pronunciar mecánicamente las fórmulas, fueron admitidos á hacer, ya con la *auctoritas* de su tutor, ya áun solos, ciertos actos que no podian tener lugar sin su cooperacion personal; por ejemplo, la adquisicion de una herencia (t. I, p. 210 y 634) (3), ó que estaban en su interes. Tal

---

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.; y 70. f. Ulp.

(2) 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 13. — Gay. Com. 3. § 109, de donde se ha tomado nuestro texto.

(3) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul.: «Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut

era principalmente la estipulacion. Así en este sistema, desde que puede hablar y proferir la interrogacion ó la respuesta, puede válidamente estipular el impúbero ó áun prometer con autorizacion de su tutor: «*Pupillus, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest*» (1).

Sin embargo, la jurisprudencia romana entró con el tiempo en una nueva senda. Era opinion de los filósofos y médicos de la antigüedad que de siete en siete años se verificaba una completa revolucion en la organizacion humana; opinion reproducida en nuestros dias en una obra célebre de Cabanis (2). Los jurisconsultos romanos tomaron de los filósofos, si no toda esta teoría, al ménos alguna cosa de ella, que introdujeron en el derecho. Así los Proculeyanos quisieron fijar uniformemente la pubertad en todos los hombres á los catorce años cumplidos (t. I, p. 215); así la edad de setenta años fué considerada más comunmente como la época jurídica de la vejez; y la de siete años cumplidos, como la edad en que el impúbero principia á tener, si no la plenitud de su juicio, al ménos alguna inteligencia de las relaciones de derecho. Si cada una de estas diversas épocas no fué desde luégo sancionada por la jurisprudencia como un término general para todas las capacidades que podian á ellas referirse, lo fueron al ménos para ciertas aptitudes; por ejemplo, la edad de catorce años para la capacidad de testar (t. I, p. 215), la de setenta para la exencion de cargos públicos (*Generalizacion del derecho rom.*, pág. 57); y la de siete años, como de aptitud para contraer esponsales (3).—Sólo

---

causam acquirendæ hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire hujusmodi ætatis puer: neque enim scire, neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest; hoc enim favorabiliter ei præstatur.»

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. f. Gay.—44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gay.: «Huic (furioso) proximus est, qui ejus ætatis est ut nondum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc benignius aceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse.»—46. 6. *Rem pupill salv. fore*, 6. f. Gay. «Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest. Nam si præsens sit, et fari potest: etiam si ejus ætatis erit, ut non intelligat quid agat: tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari.» Y Gay Com. 3. § 109, de donde está sacado el § 10 de nuestro texto.

(2) CABANIS: *Relaciones entre lo físico y moral del hombre*; 4 mem, *Influencia de la edad en las ideas y afectos morales*, §§ 6, 7 y 8 (t. 1, pág. 234, 236, 242, 252 y siguientes de la edicion de 1824).

(3) Dig. 23. 1. *De sponsalibus*, 14. f. Modest.: In sponsalibus contrahendis, ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter (et) a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores quam septem annis.» —No es fuera de propósito observar aquí que los esponsales, como su denominacion lo indica (*sponsalia*), no se verificaban en los primitivos tiempos sino por la estipulacion quiritaria, la *sponsio*: Dig. ib. 2 y 3. f. Ulp. y Florent.

en dos fragmentos de los antiguos jurisconsultos vemos aparecer la indicacion de esta edad de siete años; nunca como la época en que el impúbero cesa de ser *infans*, es decir, principia á hablar, lo que en este sentido sería absurdo; pero siempre como la edad en que ya ha adquirido alguna inteligencia de los negocios jurídicos, y en que cesa de ser *infanti proximus*, asimilado al infante (1).

Pero bajo el imperio de Teodosio y por una constitucion de este emperador que hallamos inserta en su código, se realizó en esta materia la última modificacion. El derecho romano del Bajo Imperio se alejó cada vez más de la necesidad y predominio de las fórmulas. En la apreciacion del estado de los impúberos se fija más en el desarrollo de la inteligencia que en la facultad material de hablar. La primera circunstancia absorbe á la segunda. Y el Emperador, con motivo de la manera con que el hijo puede adquirir la herencia materna, declara fijar por su autoridad la edad de la infancia en un intervalo determinado de años (*certis annorum intervallis..... infantis filii ætatem, nostra auctoritate, præscribimus*); por manera que, ya el impúbero haya sido más precoz, ya haya sido más tardío en adquirir la facultad de hablar (*sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia*), este intervalo será de siete años (2). Esta disposicion vuelve á confundir en una misma condicion al *infans* y al *infanti proximus*, que los jurisconsultos habian en gran parte asimilado. Desde entónces la palabra *infans* pierde su primera significacion, su significacion técnica y rigurosa; designa al menor de siete años, y así lo hallamos consignado en una constitucion del mismo príncipe: «*Infanti, id est minori septem annis*» (3).

---

(1) El fragmento que precede de Modestino, y el de Ulpiano: Dig. 26. 7. *De admin. et peric. tutor.* 1. § 2.

(2) Código teodosiano, lib. 8, tit. 18. *De maternis bonis et materni generis, et cretione sublata*, 8. const. de Arcad., Honor. y Teod. «*Certis annorum intervallis*, in bonorum possessione maternæ hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda, *infantis filii ætatem, nostra auctoritate, præscribimus*: ut *sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos ætatis* ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur. Hac vero ætate finita, filius edicti beneficium petat, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, etc.» — Compárese esta constitucion con la que tiene el núm. 4 en el mismo título del emperador Constancio y la constitucion 1 de los emperadores Teodosio y Valentiniano, lib. 4, tit. 1, *De cretione, vel bonorum possessione*.

(3) Código Justiniano, 6. 30. *De jure delib. et de adeunda vel acquir. heredit.* 18. const. de Teodos. y Valentinian. «*Si infanti (id est, minori septem annis)* in potestate patris..... hereditas sit derelicta,: licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere..... etc., § 4, si autem septem annos ætatis pupillus excesserit; et priore parente mortuo, in pupilari ætati fati munus impleverit: ea obtinere præcipimus, quæ

Esta última manera de considerar la edad del impúbero se ha introducido en la interpretacion general del derecho romano y en la jurisprudencia que de él han deducido las naciones modernas; el sentido real y primitivo de las palabras, la sucesion histórica por que las ideas romanas habian progresado en este punto, han sido olvidadas; y de aquí la opinion universalmente recibida: *infans* es el impúbero hasta los siete años; y por consiguiente, el *infanti proximus* es el impúbero de siete á diez años y medio (diferencia moderna, que nunca fué así comprendida entre los romanos).—Lo que hay de particular es que los textos de los antiguos jurisconsultos se hallan insertos en las colecciones de Justiniano, con su significacion material y primitiva: *infans, qui fari non potest*, el que no puede todavía hablar; *infanti proximus*, el que se halla próximo á la edad en que no se habla. Nuestros dos párrafos están copiados textualmente de Gayo, tales como este jurisconsulto los escribió en su tiempo (1). Y en fin, esto es bien notable. Teófilo, en su paráfrasis de estos dos párrafos, continúa dándonos la antigua significacion de *infans*, el que todavía está mamando, é *infanti proximus*, el que tiene de siete á ocho años. «*Pupillorum enim alii sunt* infantes, *veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majoris: alii dicuntur* proximi infanti, *ut qui recte loqui incipiunt: alii sunt* proximi pubertati. *Et* infans *quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui* proximus infanti *est; qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur*» (2). Lo que prueba que en tiempo de Justiniano, y á pesar de la constitucion de Teodosio, especial para un caso particular, las ideas de los antiguos jurisconsultos no se hallaban todavía completamente abandonadas.

*Nec auctore quidem patre obligatur.* Esto se refiere á una situacion diferente. Se trata, no del impúbero que es *sui juris*, y que por consiguiente se halla bajo tutela, sino del que es hijo de familia y se halla bajo la potestad de su padre. El padre no se halla encargado, como el tutor, de completar con su asistencia la perso-

---

veteribus continentur legibus: nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit..... etc.»

(1) Gay. Com. 3. §§ 107 y 109.

(2) Teófilo, *hic*, traduccion latina de Fabrot.—Nótese que los anotadores consideraban estas definiciones de Teófilo como errores graves.

na del hijo impúbero que tiene bajo su potestad (*auctor fieri*), pues segun los principios del derecho civil, la persona de este hijo se confunde con la propia. No puede tratarse de completar (*augere*), sino lo que ya existe en parte; mas el hijo de familia bajo la patria potestad no tiene personalidad. La *auctoritas* sólo tiene verdaderamente lugar para los impúberos *sui juris*, y de parte de su tutor. Por consiguiente, el hijo de familia impúbero puede, desde que ya no es *infans*, estipular y adquirir para su padre. Pero no pudiendo tener lugar para él la *auctoritas*, hay imposibilidad de que se obligue por promesa. La regla se mantiene, áun cuando haya un peculio. Pero desde que se hace púbero, puede no sólo estipular, sino tambien obligarse, segun lo que hemos dicho ántes: «*Pupillus licet, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre, obligatur*, dice Gayo, *pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet* (1).

XI. Si imposibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Imposibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit: SI DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? At si ita stipuletur: SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *pure facta obligatio intelligitur*, ideoque statim petere potest.

11. Si una condicion imposible se pone en la obligacion, la estipulacion es nula. Por condicion imposible se entiende aquella á cuyo cumplimiento se opone la naturaleza, como, por ejemplo: ¿SI TOCO AL CIELO CON EL DEDO, RESPONDES DE DARME? Pero si la estipulacion se halla así concebida: ¿SI NO TOCO AL CIELO CON EL DEDO, RESPONDES DE DARME? *La estipulacion se reputa pura y simple*, y el pago puede pedirse al momento.

Sabemos lo que es una condicion imposible; sabemos que en las disposiciones testamentarias, ya legados, ya institucion, semejante condicion se considera como no puesta, y que, por consiguiente, el legado ó la institucion subsisten como si fuesen puros y simples (tomo I, páginas 577 y 714). En los contratos, por el contrario, la condicion imposible anula el contrato. Esto es cierto, no sólo respecto de la estipulacion: « *Sub impossibili conditione*

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 141. § 2. f. Gay. — Si se difiere una sucesion al hijo de familia impúbero, puede, segun una constitucion de Teodosio, hacer adicion de ella con el consentimiento de su padre, bajo cuya potestad se halla. Cod. 6. 30. *De jure delib.*, 18. § 4. const. de Teod. y Valent. Pero no se trata aquí de *auctoritas*. El padre consiente, porque rigurosamente, y segun el estricto derecho civil, es él el heredero por medio de su hijo; aunque la introduccion del peculio adventicio haya modificado este rigor de principios en cuanto á la adquisicion.

*factum stipulationem constant inutilem esse»* (1); sino áun para todos los contratos : «*Non solum stipulationes impossibili conditione aplicatæ, nullius momenti sunt: sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, æque nullius momenti sunt* » (2). En cuanto á la diferencia que hay entre los efectos de la condicion imposible en las disposiciones testamentarias y sus efectos en los contratos, sabemos que no sin controversia ha sido admitida esta jurisprudencia ; que las dos escuelas de Proculeyanos y Sabinianos se hallaban divididas en este punto : los primeros querian que la condicion imposible anulase las disposiciones testamentarias lo mismo que los contratos. En fin, en cuanto á las razones de esta diferencia, sabemos que es difícil darlas concluyentes (véase sobre todo esto, tomo I, p. 714), y que el mismo Gayo, por Sabiniano que fuese, lo confiesa : «*Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*» (3). Meciano trata de dar una : « *Qui in ea re*, dice hablando de los contratos, *quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem*» (4). Pero ¿por qué se considera más formal la voluntad del testador que sólo ha dispuesto bajo una condicion imposible? Evidentemente esto sólo se explica por el favor particular concedido á las instituciones de heredero para que los ciudadanos no muriesen intestados, y por extension á todas las liberalidades testamentarias.

Lo que acabamos de decir se aplica igualmente á la condicion contraria á las leyes ó buenas costumbres. Considerada como no puesta en los testamentos (tomo I, p. 714), es una causa de nulidad en los contratos (5).

*Pure facta obligatio intelligitur*. En efecto, aquí no hay verdaderamente condicion, es decir, la eventualidad de un caso futuro é incierto ; es seguro que el estipulante no tocará nunca al cielo. La estipulacion es útil y al presente (*utilis et præsens est*), dice Ulpiano, en expresiones que se refieren á las de nuestro texto (6).

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 11. f. Gay.
(2) Dig. ib. 31. f. Mecian.
(3) Gay. Com. 3. § 98.
(4) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 31. f. Mecian.
(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 35. § 1. Paul. : 137. § 6. f. Venul.
(6) Ib. 7. f. Ulp.

—Pero será preciso no extender esta decision á la condicion impuesta al estipulante de no hacer alguna cosa contraria á las leyes ó á las buenas costumbres : hay aquí una diferencia radical entre la condicion físicamente imposible y la condicion ilícita. Por ejemplo : *¿Prometes tú darme cien sueldos de oro, si no incendio esta casa ó no injurio á tal persona?* La estipulacion es inútil. No puede estipularse un precio por abstenerse de un acto ilícito ó inmoral: «*Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*», dice elegante y lacónicamente el jurisconsulto Paulo (1). Esto sería lo que llaman los romanos estipular *ex turpi causa* (véase más adelante, § 23).—Pero nada impide estipular una suma para el caso en que el promitente cometiese un acto ilícito ó inmoral; pues semejante estipulacion, en vez de ser contraria á las buenas costumbres, es favorable á ellas, segun los términos en que se halla concebida : *ex bonis moribus concepta*, dice Papiniano (2), pues amenaza á la accion ilícita con una especie de pena. Sin embargo, si las circunstancias le daban otro carácter, como, por ejemplo, si era su parte en el producto de la accion ilícita, ó el precio de su silencio ó de su adhesion lo que el estipulante se hacía prometer de esta manera, la estipulacion era nula, como hecha *ex turpi causa*.

XII. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus; et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatus scripsimus : per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel *per*

12. La obligacion por palabras no puede contraerse entre ausentes. Mas como habia en esto un semillero de litigios para los hombres amigos de ellos, que despues de largo tiempo oponian quizá semejantes alegaciones, sosteniendo que ellos ó sus adversarios no se habian hallado presentes, hemos introducido, con el objeto de poner inmediatamente fin á dichos litigios, una constitucion dirigida á los abogados de Cesarea, por la que decimos que los escritos que contengan indicacion de la presencia de las partes merecerán entera fe, á ménos que el que tenga la improbidad de recurrir á tales medios no pruebe, del modo más evidente,

(1) Dig. 2. 14. *De pactis* 7. § 3. f. Ulp.

(2) Dig. 45. 1. 121. § 1. f. Papin. — 2. 14. *De pactis*. 50. f. Ulp.—Cod. 4. 56. *Si mancipium ita venierit, ne prostituatur*.—El fragmento de Pomponio (Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 19.) y la constitucion de Alejandro (Cod. 8. 39. *De inutil. stipul.* 2.), relativos á un caso particular, el del divorcio, y motivados por razones especiales, sirven de excepcion, pero no de obstáculo á este principio.

*scripturam* vel *per testes idoneos* adprobaverit, in ipso *toto die* quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

*ya por escritos, ya por testigos dignos de éste*, que, durante *todo el dia* en que se ha hecho el escrito, él ó su adversario se hallaban en otro lugar.

El contrato verbal no puede tener lugar entre ausentes; el motivo es evidente, pues se forma hablándose las partes (*utroque loquente*) y entendiéndose recíprocamente : «*Nec absens quidem : quoniam exaudire invicem debent*» (1). De donde se sigue que el hecho de un *alibi* era una objecion radical que podia oponerse al que invocase la existencia de semejante contrato. El texto nos expone las disposiciones tomadas por una constitucion de Justiniano para impedir el abuso de semejante medio y la frecuencia de los litigios que eran su efecto.—El contrato verbal no exige, por sí mismo, ninguna escritura, ningun modo particular de hacerlo constar. Se forma por la simple pronunciacion de las palabras, y desde entónces existe. Pero en caso de denegacion, la parte interesada suministrará la prueba de su existencia.—Para estar en el caso de hacer, siendo necesaria, esta prueba, pero sólo como medio de prueba (2), se puede extender un escrito que acredite lo que ha pasado y que se llama *instrumentum* por excelencia, como el mejor medio de instruir acerca de los hechos; ó tambien *cautio*, como una seguridad para el estipulante (véase *General. del der. rom.*, p. 99). Hallamos en diversos textos escritos semejantes, extendidos, ya por el promitente, ya regularmente por un esclavo ó por un liberto, y reconocidos como verdaderos por la firma del promitente ó de los testigos. «.... *Tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondi Numerius Negidius*, etc.» (3);—«*Tot aureos recte dari stipulatus est Julius Corpus : spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Divus*» (4);—«... *Eaque si recta dari fierit, fide roganti Sticho, servo Lucii Titii, promisit Callimachus*»;—«*Stipulatus est Julius Zosas; spopondit Flavius Candidus dominus meus; subcripsit et dominus*» (5).—Ó bien se puede re-

(1) Dig. 41. 1. *Verb. obl.* 1. pr. f. Ulp.—Paul. Sent. 5. 7. § 2.

(2) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum*. 4. f. Gay. «*Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.*» Aunque estas palabras de Gayo no hayan sido especialmente escritas para la estipulacion, se las puede aplicar á ella.

(3) Tit. 29. § 2.

(4) Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 11. § 2. f. Papin.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 122. § 1. f. Scevol.; 126. § 2. f. Paul. Lo escrito, como puede verse por estos ejemplos en su integridad, principia por la narracion de los hechos y por la indicacion exacta de las cosas prometidas.

currir á testigos que asistan al acto y puedan dar testimonio de él (1), ó en fin, á cualquiera otra especie de prueba.—El texto nos explica suficientemente las disposiciones de Justiniano en cuanto á la fe que merece el escrito que acredita la estipulacion, y en cuanto á la imposibilidad de oponer despues á semejante escrito un *alibi*, á ménos que no se trate de una ausencia durante todo el dia de la estipulacion (*toto eo die*), y que esta ausencia no se hallase acreditada por las pruebas más claras y patentes (*liquidis ac manifestissimis probationibus*); ó mejor, por escrito (*vel per scripturam*); ó por testigos dignos de toda fe y ninguna tacha (*vel per testes undique idoneos, et omni exceptione majores*). Tales son los términos de la constitucion de Justiniano (2).

XIII. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur. *Ac nec is qui in alicujus potestate est*, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur : PRIDIE QUAM MORIAR *vel* PRIDIE QUAM MORIERIS DABIS, inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive, pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

13. Ninguno podia estipular que se le diese despues de su muerte ni tampoco despues de la muerte del prominente. Y áun el que *se halla bajo la potestad de otro* no puede estipular que se le dará despues de la muerte de este último, porque se juzga que habla por boca de su padre ó de su señor. La estipulacion así concebida : ¿ME DARÁS LA VÍSPERA DE MI MUERTE Ó LA VÍSPERA DE TU MUERTE? era igualmente inútil. Pero así como ya hemos dicho que del consentimiento de los contratantes procede la validez de las estipulaciones, hemos tenido á bien introducir en esta parte del derecho una necesaria corrección. En su consecuencia, concebida, ya para el tiempo posterior á la muerte, ya para la víspera de la muerte del estipulante ó del promitente, la estipulacion no será por eso ménos válida.

Se trata aquí de algunas sutilezas excesivas de la jurisprudencia romana. La estipulacion, cuya accion se diferia hasta despues de la muerte, ya del estipulante : «POST MORTEM MEAM DARI SPONDES?», ya del promitente : «QUUM MORTUUS ERIS, DARI SPONDES?», era nula. Y Gayo nos da la razon : «*Nam inelegans esse*

---

(1) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. de Constantin.—4. 19. *De prob.* 12. const. de Diocl. y Maxim.

(2) Esta constitucion del año 531 se halla inserta en el Código : 8. 38. *De contrah. et comitt. stipul.* 14.

*vissum est ex heredis persona incipere obligationem»* (1); motivo que se nos habia ya dado en el Código por la constitucion de Justiniano : «*Ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant*» (2). Habia parecido á los antiguos falto de elegancia, es decir, contrario al órden regular, admitir como válidas acciones que sólo eran creadas para principiar, ya en pro, ya en contra de los herederos. Sin embargo, bajo la antigua jurisprudencia se habia evitado, en parte, la aplicacion de esta regla, con el auxilio de un adjunto particular llamado *adstipulator*, que se daba en la estipulacion, como ya hemos dicho, y del que tratarémos en breve circunstanciadamente. Pero Justiniano suprime la misma regla y decide que las acciones puedan principiar en la persona de los herederos, ya por ellos, ya contra ellos : «*Ut liceat ab heredibus et contra heredes incipere actiones; ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur*» (3). En su consecuencia, las estipulaciones de que se trata fueron en adelante válidas.

*Nec is qui alicujus potestate est.* El esclavo no podia estipular así : ¿PROMETES DAR DESPUES DE LA MUERTE DE MI SEÑOR? Ni el hijo de familia..... ¿DESPUES DE LA MUERTE DE MI PADRE? pues la estipulacion adquirida al padre de familia no produciria accion sino despues de su muerte. La reforma de Justiniano se aplica á este caso lo mismo que al otro.

PRIDIE QUAM MORIAR? *vel* PRIDIE QUAM MORIERIS? Era una consecuencia todavía más sutil de la sutileza anterior. Gayo nos manifiesta el motivo de la nulidad en este caso : «*Quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit : rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est* : HEREDI MEO DARI SPONDES? *Quæ sane inutilis est*» (4). Decision que por lo demas no le parecia apénas razonable : «*Quod non pretiosa ratione receptum videtur*», dice en otra parte (5). Por consecuencia de la constitucion de Justiniano, esta segunda sutileza desapareció con la primera.—Por lo demas, ya hemos visto los mismos principios, y los hemos explicado al tratar de los legados (tomo I, p. 716).

(1) Gay. Com. 3. § 100.
(2) Cod. 4. 11. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.* Constitucion única.
(3) Cod. ib.—Y tambien Cod. 8. 38. *De contrah. et comm stip.* 11. Const. de Justinian.
(4) Gay. Com. 3. § 100.
(5) Gay. Com. 2. § 232.

XIV. Item si quis ita stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare : ut non solunt in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

14. Una estipulacion semejante : SI TAL NAVÍO LLEGA DE ASIA, ¿PROMETES DARME HOY? sería inútil, porque se halla concebida de una manera prepóstera. Pero habiendo querido Leon, de gloriosa memoria, que semejante estipulacion, llamada prepóstera, no fuese rechazada en materia de dote, hemos tenido á bien darle toda la fuerza necesaria : de tal manera que sea válida, no sólo en las dotes, sino tambien en cualquiera otra materia.

La nulidad de la estipulacion hecha bajo una condicion prepóstera, es decir, en la que se ha puesto ántes (*præ*) lo que debia estar despues (*post*), procedia en la antigua jurisprudencia de una excesiva y rigurosa apreciacion de las palabras. El carácter especial de semejante estipulacion consiste en que el término fijado para el pago es anterior al cumplimiento de la condicion; se promete pagar ántes de estar obligado á ello : «¿PROMETES DARME HOY, SI TAL NAVE LLEGA DESPUES?» Justiniano no se fija ya en la irregularidad de las palabras; extiende á los testamentos y á todos los contratos lo que el emperador Leon habia ya hecho, por una concesion especial, en materia de dotes. Por consiguiente, el acto será válido, pero el pago no podrá demandarse sino despues del cumplimiento de la condicion : «*exactione videlicet post conditionem vel diem competente*» (1).

XV. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat : CUM MORIAR, DARE SPONDES? *vel* CUM MORIERIS? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

15. Una estipulacion así hecha, como si Ticio dijese : ¿PROMETES DARME CUANDO YO MUERA Ó CUANDO TÚ MUERAS? era válida entre los antiguos, y lo es todavía hoy.

Distincion sutil entre el momento mismo de la muerte, CUM MORIAR CUM MORIERIS, y el tiempo posterior á la muerte, POST MORTEM MEAM, CUM MORTUUS ERIS. En el primer caso debia tener orígen la accion, ya para el estipulante, ya contra el promitente, en su persona misma y en vida de ellos; porque en el momento que se muere, se vive todavía : «*Non post mortem..... sed ultimo*

(1) Cod. 5. 23. *De testam.* 25. const. de Justinian.—El sentido racional que podria darse á la estipulacion prepóstera, en la intencion de las partes, no sería que, cumpliéndose con posterioridad la condicion, el pago se efectuaria, tanto para los frutos ó en los intereses, cuanto en los demas accesorios, como si este pago hubiese debido hacerse en el mismo dia de la estipulacion.

*vitæ tempore*», dice Gayo (1). Por consiguiente, la estipulacion será válida (2). Ya hemos dado la misma explicacion en materia de legados (t. I, p. 716).

XVI. Item post mortem alterius, recte stipulatur.

16. Del mismo modo, la estipulacion que se da despues de la muerte de un tercero es válida.

La regla que habia hecho prohibir por la antigua jurisprudencia las estipulaciones POST MORTEM MEAM, ó POST MORTEM TUAM, era aquí inaplicable. La muerte de un tercero formaba un término incierto, que nada impedia agregar á una estipulacion.

XVII. Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione præcedente responsum sit.

17. Si se halla escrito en el instrumento que una persona ha prometido, es considerada ésta como habiendo respondido á una interrogacion anterior.

Este párrafo es la reproduccion literal de un fragmento de las *Sentencias* de Paulo (3). Aquí el escrito enuncia de un modo preciso, como aquellos de que hemos dado ejemplos poco ántes, los dos actos que constituyen el contrato verbal, á saber, la interrogacion y la promesa. Enuncia simplemente que tal persona ha prometido; pero se comprende por esto, como subentendido, que la interrogacion anterior ha tenido lugar: «*intelligendum etiam præcessisse verba stipulationis*», dice Paulo (4)—«*Credendum est præcedente stipulationem vocem spondentis subsecutam esse*», dice una constitucion de Severo y Antonino (5). Las solemnidades requeridas se consideran como cumplidas desde el momento que el resultado jurídico, que formaba el objeto final de ellas, se enuncia en el escrito (6): salvo, sin embargo, el derecho de suministrar prueba de lo contrario (7).

---

(1) Gay. Com. 2. § 232.—El texto del Com. 3. § 100, relativo á este punto, se halla evidentemente alterado.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 45. §§ 1 y 3. f. Ulp.—12. 6. *De condit. indeb.* 17. f. Ulp.

(3) Paul. Sent. 5. 7. § 2.

(4) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 134. § 2. f. Paul.

(5) Cod. 34. 38. *De contrah. et comm. stip.* 1. const. de Sever. y Ant.

(6) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 30. f. Ulp.

(7) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 12. f. Ulp.: «*Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri,* rogavit Titius, spopondit Mævius; *hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo, stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.*»

XVIII. Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat: DARE SPONDEO, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ; singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

18. Cuando muchas cosas se hallan comprendidas en una sola estipulacion, si el promitente responde simplemente: PROMETO DAR, se halla ligado con respecto á todas. Pero si responde que dará una, ó que dará alguna de dichas cosas, la obligacion sólo se contrae en las cosas contenidas en su respuesta. En efecto, de las diversas estipulaciones contenidas en la interrogacion, se juzga que el promitente no completa más que una ó algunas, porque para cada objeto se necesitan la estipulacion y la respuesta.

Es preciso comparar este párrafo con el § 5 que precede, y distinguir bien las diferencias que separan los casos á que ellos se refieren. Aquí hay en la estipulacion muchos objetos distintos, lo que forma verdaderamente tantas estipulaciones cuantos son los objetos: «*Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes quod species.*»—«*At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quod corpora*» (1). Mas siendo distintas estas estipulaciones, su resultado lo es tambien: las unas pueden ser nulas y la otras válidas. STICHUM PAMPHILUM ET EROTEM DARE SPONDES? SPONDEO: los tres esclavos se deben, porque siendo general la promesa, se aplica á cada uno de ellos; STICHUM DARE SPONDEO, Estico sólo se debe; los otros dos no, porque la interrogacion, respecto de ellos, ha quedado sin respuesta. «*Videris enim ad unam ex stipulationibus respondisse*» (2).—Pero si se estipulan objetos distintos de un modo alternativo, el uno ó el otro: STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES? no hay más que una sola estipulacion de una naturaleza particular, una estipulacion alternativa. Si, pues, el promitente no responde más que por uno solo: STICHUM SPONDEO, varía la forma de la obligacion, lo mismo que el que, interrogado bajo condicion, responde dar pura y simplemente: desde entónces nos hallamos en el caso del § 5; la estipulacion es inútil (3).

XIX. Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes

19. Ninguno puede, como hemos dicho más arriba, estipular para otro. En efecto, esta forma de obligacion

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 29. pr. y 86. f. Ulp.
(2) Ib. 83. § 4. f. Paul.
(3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. § 2. f. Ulp.

ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo, si quis stipuletur TITIO DARI, nihil agit; sed si addiderit pœnam : NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES? tunc commititur stipulatio.

ha sido imaginada sólo para que cada uno adquiera lo que tiene interes en adquirir; mas en que se dé á otro, el estipulante no tiene ningun interes. Sin embargo, si se quiere hacer una estipulacion semejante, es preciso estipular una pena, de tal manera que si el promitente no ejecuta lo que ha dicho, la estipulacion de la pena se realiza áun para aquel que no tenía ningun interes en la ejecucion. En efecto, cuando alguno estipula alguna pena, no se considera cuál es su interes, sino á qué asciende la cláusula penal. Si, pues, alguno estipula QUE SE DARÁ Á TICIO, el acto es nulo; pero si añade esta pena : Y POR NO HACERLO, ¿RESPONDES TÚ DE DARME TANTO? la estipulacion produce obligacion.

XX. Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupili tutelam administrare, cœperat, cessit administratione cotutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore; quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo si male gesserit, tened obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committetur, vel prædia distrahantur quæ pignori erant, valet stipulatio.

20. Pero si alguno estipula para otro, teniendo en ello interes, la estipulacion ha sido reconocida como válida. En efecto, si el que habia dado principio á la administracion de una tutela, cede esta administracion á su cotutor, y estipula de él que los bienes del pupilo serán custodiados y salvos, como el estipulante tiene interes en que sea así, porque es responsable al pupilo de la mala administracion, la estipulacion es válida. Lo mismo sucede si alguno estipula que se dará á su procurador, ó bien áun á su acreedor, porque el estipulante tiene en ello interes, para evitar, por ejemplo, que se incurra en una cláusula penal, ó que los fondos dados en prenda sean vendidos.

XXI. Versa vice, qui alium facturum promissit videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promisserit.

21. En sentido contrario, el que promete que otro hará, no está obligado, á ménos que él mismo haya prometido la pena.

Estos tres párrafos se hallan suficientemente explicados por toda la teoría que hemos expuesto.—Debe observarse, en el § 20, el interes que tiene el tutor que cede la administracion á su cotutor, de estipular de este último *rem pupilli salvam fore*, pues los tutores son todos responsables, y se hallan obligados, por la accion de tutela, á responder unos por otros de la administracion (t. I, pá-

gina 231, § 1). Del mismo modo es evidente el interes que tiene el que estipula que se ha de dar á su procurador ó á su acreedor (1).

XXII. Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.

22. Ninguno puede válidamente estipular la cosa que debe ser suya algun dia, para el caso en que ella lo llegue á ser.

Es una regla de simple razon, que no se puede transferir la creacion de un derecho á una época en que su existencia será legalmente imposible, ni al cumplimiento de una condicion, que lo hará legalmente imposible (2).

XXIII. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti, si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris quem Stichum vocari credideris.

23. Si el estipulante ha tenido en la intencion una cosa, y el promitente otra, no hay más obligacion que si no hubiese tenido respuesta á la pregunta; por ejemplo, si alguno ha estipulado de tí Estico, y tú has tenido en la intencion á Pánfilo, que tú creias llamarse Estico.

Es el caso examinar aquí la funcion que ejerce la voluntad, el consentimiento en el contrato por estipulacion.—El primer principio de este contrato, como de cualquiera otro, se halla sin duda alguna en la conformidad de voluntad entre las partes, y en su mutuo consentimiento: «*Stipulatio ex utriusque consensu valet*», dice Paulo: «*ex utriusque consensu perficitur*», dice Venuleyo (3). Pero la causa civil de obligacion es la pronunciacion de las palabras que expresan este consentimiento en una interrogacion por una parte, y una respuesta conforme por la otra. Mas si hay error entre las partes, ¿qué se decidirá? Los jurisconsultos romanos consideran como axioma de derecho esta verdad: «*Non videntur qui errant consentire*» (4); de donde se deduce la consecuencia general de que en todos los contratos, ya de buena fe, ya áun de estricto derecho, el error es una causa de nulidad (5). Pero hay muchas diferencias en el error; puede recaer sobre puntos bien

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 38. §§ 20, 21, 22 y 23. f. Ulp.; 118. 2. f. Papin.
(2) Ib. 87. f. Paul.—Cod. 5. 3. *De donat. ante nupt.* 4. const. de Gordian.
(3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. § 1. f. Paul.; 137. § 1. f. Venuley.
(4) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 116. § 2. f. Ulp.
(5) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 57. f. Pomp.: «*In omnibus negotiis contrahendis, sive bonæ fidei sint, sive non sit, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat* (puta) *qui emit aut qui conducit, aliud qui cum eo contrahit; nihil valet quod acti sit.*»

diferentes: ¿cuál producirá nulidad? ¿En cuál dejará de producir este efecto? Esta delicada cuestion no se considera en el derecho romano de la misma manera en todos los contratos. Se halla resuelta en unos con más latitud que en otros, segun su diversa naturaleza. En la estipulacion, en que el consentimiento para obligar debe hallarse, por decirlo así, materializado en la pronunciacion de las palabras, lo mismo sucede que en el error que lleva consigo la nulidad: es preciso que sea éste un error material que recaiga sobre el mismo cuerpo, sobre el individuo (*species*) ó sobre el género (*genus*) estipulados y prometidos; en una palabra, como dice nuestro texto, *de alia re*. Por consecuencia de un error, debemos tener presente, vos Pánfilo, yo Estico; vos tal caballo, yo tal otro; vos vino, yo aceite. «*Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio: nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*» (1). Pero desde el momento que hay mutuo asentimiento acerca del cuerpo, aunque haya error en la sustancia, por ejemplo, del cobre tomado por oro, el contrato verbal es válido, salvo los remedios pretorianos, si hay lugar á ellos (2). —El dolo (*dolus malus*: véase *Generalizacion del der. rom.*, p. 95), á ménos que no hubiese producido error acerca del cuerpo mismo de la cosa, en cuyo caso se vendria á parar en la regla anterior, el dolo no es causa de nulidad de la estipulacion; el consentimiento y las palabras se encuentran en ella; luégo existe la obligacion: salvos igualmente los recursos pretorianos para impedir las consecuencias contrarias á la equidad. «*Si quis, cum aliter covenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitati juris obstrictus: sed doli exceptione uti potest*» (3). La misma violencia (*vis, metus*: véase *General. del der. rom.*, p. 96) no es causa de nulidad de la estipulacion; los jurisconsultos romanos reconocian que nada es más contrario á la voluntad y al consentimiento que la violencia (4); sin embargo, cuando se trataba de un acto de derecho civil, realizado con violencia, decian: *tamen co-*

---

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 137. § 1 f. Venuley.; 83. § 1. f. Paul.

(2) Ib. 22. f. Paul.: «*Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero tenebri mihi hujus æris nomine; quoniam in corpore consenserrimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam si sciens me fefelleris.*»—No sucedia lo mismo en la venta, al ménos segun opinion de ciertos jurisconsultos. Dig. 18. 1. *De contrah. emp.* 9. § 2. f. Ulp.

(3) Ib. 36. f. Ulp.

(4) Dig. 50. 17. *De regul, jur.* 116. pr. f. Ulp.: «*Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonnæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus.*»—Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 1. f. Ulp. «..... *propter necessitatem impossitam contrariam voluntati.*»

*actus volui*, y este acto producia sus efectos civiles (1); lo que es menester no atribuir sólo al influjo de la filosofía estóica y al desprecio con que ésta miraba el dolor ó el temor, sino á los principios rigurosos y formalistas del antiguo derecho romano. La filosofía y el derecho de gentes hicieron intervenir los medios pretorianos para poner remedio á estos rigores. Así, el contrato verbal formado por efecto de la violencia será válido, salvo los recursos concedidos por el pretor. «*Dolo, vel metu adhibito, actio quidem nascitur; si subdita stipulatio sit: per doli mali tamen vel metus exceptionem summoveri petitio debet*» (2).

XXIV. Quod *turpi ex causa* promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

24. La promesa hecha *por una causa vergonzosa*, por ejemplo, la de cometer un homicidio ó un sacrilegio, es nula.

*Turpi ex causa.* Sea que la estipulation tenga directamente por objeto un hecho ilícito ó inmoral que haya de cometerse, ó un deber que se haya de omitir; sea que teniendo por objeto una suma de dinero, ó cualquiera otra cosa que pueda ser válidamente estipulada, se halle motivada en semejantes hechos cumplidos ó que hayan de cumplirse: «*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*» (3); «*Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio ab initio non valet*» (4); ó sea, en fin, que estos hechos entren como condicion en la estipulacion, segun lo que hemos explicado al tratar de las condiciones contrarias á las leyes ó las buenas costumbres.

XXV. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte.

25. En una estipulacion condicional, aunque el estipulante muera ántes de cumplirse la condicion, desde que el cumplimiento de ella, áun posterior, ha tenido lugar, el heredero puede gestionar. Lo mismo se entiende por la parte del promitente.

Este principio nos es conocido: sabemos que en los contratos, áun en caso de obligacion condicional, el derecho, por eventual

(1) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 21. § 5. f. Paul. «*Quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*»

(2) Cod. 8. 39. *De inutil. stip.* 5. const. de Diocle. y Maxim.—8. 38. *De contr. et comm. stip.* 9. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 26. f. Ulp. y 27. f. Pomp.

(4) Ib. 123. f. Papin.

que sea, se fija en la persona de los contratantes, en la época del contrato, y cuyo derecho lo adquiere uno y se impone á otro; por consiguiente, es transmisible á sus herederos, á ménos que se oponga á ello su particular naturaleza.

XXVI. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet.

26. El que ha estipulado que se le dará una cosa en tal año ó en tal mes, no puede pedirla regularmente hasta que ya hayan transcurrido todas las partes del año ó del mes.

XXVII. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit quo traditio fieri possit.

27. Si estipulas la dacion de un fundo ó de un esclavo, no puedes proceder inmediatamente: es preciso que haya trascurrido el tiempo necesario para poder verificar la tradicion.

Las reglas contenidas en estos párrafos nos son ya conocidas por lo que hemos visto (tít. 15, § 2) acerca de las estipulaciones por término.

Concluirémos con una observacion capital en esta materia. La causa productora de obligacion en el contrato verbal, segun el derecho civil de los romanos, son las palabras mismas (*verbis obligatio*). No hay que molestarse para saber en qué ocasion y por qué motivo el promitente ha hecho su promesa, si algun hecho anterior, ó alguna intencion de liberalidad, ó algun compromiso contraido con él, motiva y justifica racionalmente la obligacion que ha contraido. Las palabras han sido pronunciadas, la promesa ha sido hecha: luego la obligacion existe; y por el contenido de las palabras es preciso juzgarla y determinarla. Tal es el estricto derecho civil de los romanos; la forma, las *verba*, constituyen la *causa jurídica* de la obligacion.—Sin embargo, de hecho estas palabras no han intervenido, ni el promitente ha hecho la promesa, sino por un motivo cualquiera. O habia que cumplir alguna obligacion anterior, que reparar algun daño, que indemnizar alguna ventaja por él obtenida, ó que habia de obtener; ó bien el estipulante, por su parte, se ha obligado á alguna cosa con él; ó en fin, ha querido ejecutar un acto de liberalidad: éstos son los motivos de hecho, las causas racionales que han podido determinar y que justifican su obligacion. Frecuentemente, con ocasion de préstamos de consumo (*mutuum*), y sobre todo de préstamos de dinero, se hacian las estipulaciones. El dinero se contaba, y la estipula-

cion se hacía inmediatamente despues (1); ó bien se hacía ántes la estipulacion, y despues se contaban las especies. El escrito (*ucutio*) redactado para acreditar la estipulacion, principiaba generalmente por la exposicion de las circunstancias que la habian motivado. Pero es preciso no confundir estas causas de hecho, causas puramente racionales, con la causa jurídica, con la causa productora de la obligacion, á saber: en el contrato verbal, la pronunciacion de las palabras. El derecho civil sólo considera esta última.— Sin embargo, la filosofía de los jurisconsultos y la equidad pretoriana fijaron la atencion en las demas. Se reconoció como injusto que el promitente quedase ligado cuando la estipulacion habia tenido lugar sin causa, ó por mejor decir, cuando el hecho por el cual se habia verificado era falso ó no habia ocurrido: por ejemplo, cuando el estipulante no habia contado las especies prometidas por aquél y estipuladas ántes. En semejantes casos, segun el derecho estricto, en virtud de las solas palabras existe la obligacion; pero por beneficio de la excepcion se dará al promitente el medio de defenderse contra la accion del acreedor (2). La causa real, la causa filosófica y racional de la obligacion, aparece y muestra tendencia de pretender sustituirse á la causa formalista del derecho civil.

*De las estipulaciones y promesas accesorias á una estipulacion y á una promesa principales.— O de los adstipuladores* (adstipulatores) *y de los adspromitentes* (adpromissores).

Ya hemos visto que el mecanismo del contrato verbal entre los romanos era tal, que para un mismo objeto de obligacion podian intervenir, ya muchos estipulantes, ya muchos promitentes;— Que las interrogaciones y las respuestas podian combinarse y li-

(1) Dig. 46. 2. *De novationibus*. 6. § 1. f. Ulp.: «Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est: idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.» — 7. f. Pomp.: «Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat; (et) magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.»

(2) Dig. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 3. f. Ulp.: «Si quis sine causa ab alicuo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, cum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus

garse entre sí, de modo que no formasen más que un todo, un solo contrato verbal: en cuyo caso habia coestipulantes (*co-rei stipulandi*), y copromitentes (*co-rei promittendi*);—ó bien que podian ser distintas, de modo que formasen un contrato principal por palabras, y contratos verbales accesorios que interviniesen para asegurar y fortificar los efectos del primero: lo que constituye adstipulantes (*adstipulatores*), ó adpromitentes (*adpromissores*) (1). En el primer caso, es estipular ó prometer conjuntamente con otro (*cum alio*); en el segundo, es estipular ó prometer accesoriamente á otro (*ad*), y por otro (*pro alio*). Hay un carácter comun á estas últimas estipulaciones ú obligaciones, cuales son que todas ellas son partes accesorias del contrato principal: «*Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis*», dice Gayo (2); y que todas tienen por objeto facilitar, fortificar ó asegurar los efectos de aquel contrato; y en fin, y como consecuencia de lo dicho, que no pueden recaer sobre un objeto diferente (3). El caso de los *co-rei* ya ha sido tratado por nosotros; ahora nos ocuparémos del segundo.

### *Del adstipulador* (adstipulator).

Podia ser útil al estipulante que la accion que resultase de la estipulacion no se limitase exclusivamente á su persona; que otra persona distinta, en quien tuviese toda confianza, fuese revestida de ella, pudiese ejercitarla y recibir ó exigir el pago por cuenta suya. Los casos de viaje, de ausencia, de ineptitud para los negocios, ó de deseo de no encargarse personalmente de ellos, motivaban suficientemente este útil pensamiento. Mas el rigor del principio primitivo se oponia á que se pudiese verificar esto por medio de una procuracion, pues no se podia litigar por procurador. Cuan-

---

est, nec credidit; et si certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.» — Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 30. f. Paul.: «Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo, se (ei) obstringat.» (En el sentido de que se halla ligado segun el derecho estricto, pero que si no recibe las especies, tendrá la excepcion.)—Cod. 4. 3. *De non numerata pecunia.* 9. const. de Diocle. y Maxim. «Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit: in factum esse, dandam exceptionem convenit.»— Lib. 4, tit. 13, § 2.

(1) Véase la palabra general de *adpromissores*, en un fragmento de Pomponio, Dig. 45. 1. *Verb, obl.* 5. § 2. f. Pomp.

(2) Gay. Com. 3. § 126.

(3) Ib. §§ 113 y 126.

do posteriormente se admitió esta facultad, fué sólo con seguridades y formas más embarazosas en el litigio. Por otra parte, el principio de que el derecho y la accion resultantes de la estipulacion se hallaban exclusivamente ligados á la persona del que habia pronunciado las palabras, se conservaba allí fijo. De este mismo principio se tomó el medio de llegar al objeto. Este medio fué, para el estipulante, emplear otra persona que, procediendo en calidad de adjunto suyo, estipulase del mismo deudor el mismo objeto, por un segundo contrato verbal accesorio del primero : «*Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus*» (1).

Tal es, segun mi juicio, el orígen y utilidad del estipulador (*adstipulator*), que el manuscrito de Gayo nos ha dado á conocer con algunos pormenores. Es estrechar y limitar demasiado la institucion, es tomar un punto accesorio y posterior con respecto al carácter principal y originario, el fijarse, como se hace comunmente, á la única utilidad que posteriormente quedó al adstipulador, en las estipulaciones *post mortem suam*. Cuando Ciceron, en su arenga contra Pison, llega á estas palabras: «Ad quærebat »etiam paulo ante de me, quid suo mihi opus fuiset auxilio : cur »non meis inimicis, meis copiis prætitissem? Quasi vero, non »modo ego, qui multis sæpe auxilio fuissem, sed quisquam tam »inops fuerit unquam, qui isto non modo propugnatore, tutiorem »se, sed advocato aut *adstipulatore*, paratiorem fore putaret» (2), se ve que al adstipulador se le pone en la misma línea que al defensor (*propugnatorė*), más especialmente todavía que el orador que nos defiende en justicia (*advocato*), y que se trata de una utilidad, de una proteccion que de él ha de obtenerse en vida suya, para no abandonarse á sus propios recursos (*cur non meis copiis præstitissem*). El orígen del adstipulador se encuentra en la imposibilidad primitiva de hacerse representar en los actos jurídicos y de litigar por medio del procurador. Su carácter es el de un mandatario respecto del estipulante principal, y el de un acreedor por estipulacion con respecto al estipulante principal. De este doble carácter procedieron las reglas particulares á esta especie de intervencion.

---

(1) Gay. Com. 3. § 110.
(2) CICERON. *In Pison.* § 9.

La adstipulacion no podia intervenir sino á continuacion y como accesoria de una primera estipulacion ; ningun otro contrato era susceptible de esta circunstancia. Sin duda en los primitivos tiempos la fórmula empleada era la fórmula romana : SPONDESNE? SPONDEO. Pero desde el momento que para la estipulacion fueron admitidas otras expresiones, lo fueron por consiguiente para la adstipulacion. Y no era necesario, nos dice Gayo, que el adstipulador emplease precisamente aquellas de que el estipulante principal se hubiese servido. Por ejemplo, habiendo este interrogado así : DARI SPONDES? podia el adstipulador interrogar en estos términos : «IDEM FIDE TUA PROMITTIS? ó IDEM FIDEJUBES?», y recíprocamente (1).—El adstipulador no puede estipular, ni otra cosa que lo que ha estipulado el estipulante principal, porque se trata de fortificar el primer contrato, y no de crear una obligacion nueva y distinta; ni más, porque todo lo que haya de más es otra cosa; por otra parte, como dice Gayo, «*nec plus in accessione esse potest, quam in principali*» (2). Sería adstipular más, adstipular pura y simplemente, cuando la estipulacion principal es por término ó bajo condicion. Pero nada impide que tenga lugar lo contrario, y que la adstipulacion contenga ménos que la estipulacion principal (3); porque se puede no querer fortificar ésta sino en parte, en ciertos límites ó bajo ciertas condiciones.—La adstipulacion tiene de particular (*in hoc autem quædam singulari jure observantur*) que el derecho y la accion que de ella resultan únicamente se atribuyen al adstipulador individualmente, y no pueden adquirirse ni transmitirse por él á ningun otro, ni áun á sus herederos. Es fácil explicarse esta singularidad; pues el adstipulador no es más que un adjunto, un hombre de confianza del estipulante principal, una persona con cuyo auxilio se suple la insuficiencia del mandato ordinario, y por consiguiente, esta confianza se limita á él individualmente. De aquí se deduce que el esclavo, que no puede estipular válidamente, á no ser para su señor, no puede ser adstipulador, como ya hemos dicho; la misma decision habia prevalecido (*magis prævaluit*) respecto del hombre libre *in mancipio*, á causa de su asimilacion al esclavo (*nam et is servi loco est*). En cuanto al hijo de familia, pudiendo estipular válidamente para su

(1) Gay. Com. 3. § 112.
(2) Ib. § 126.
(3) Gay. Com. 3. § 113.

jefe, podia ser *adstipulador*. Pero el derecho que resultaba de la adstipulacion no lo adquiria el padre, pues era un derecho absolutamente individual ; el hijo de familia no podia tampoco en el mismo instante ejercitarlo útilmente, porque se hallaba bajo la potestad de otro : era preciso esperar á que llegase á ser *sui juris*. Con tal que lo llegase á ser sin disminucion de cabeza, por ejemplo, por su elevacion á la dignidad de sacerdote flaminio, ó por la muerte del jefe; porque esta disminucion, variando su persona jurídica, hubiera extinguido el derecho que en él radicaba. La hija de familia y la mujer *in manu* se hallaban, en este punto, bajo la misma regla (1).

Siendo el adstipulador, respecto del promitente, un verdadero acreedor por estipulacion, tenía, lo mismo que el estipulante principal, la accion nacida del contrato, el derecho de recibir válidamente el pago, y áun el de dejar libre gratuitamente al deudor por aceptilacion : el crédito extinguido para el uno lo era igualmente para el otro. Pero como respecto del estipulante principal el adstipulador no era más que un mandatario, estaba obligado por la accion de mandato (*mandati judicio*) á darle cuenta de sus hechos, y á restituirle cuanto hubiese obtenido del deudor (2). En el caso en que hubiese dejado libre á este último gratuitamente, como de este modo habria destruido el crédito y causado injustamente un perjuicio al estipulante principal, habria quedado obligado con éste por la accion de la ley Aquilia, que contenia un capítulo especial acerca de este punto (3), como verémos más adelante (lib. 4, tít. 3, § 12).

Haciendo la *adstipulacion* á un tercero, íntegramente y sin revocacion, señor del crédito por cuenta del acreedor principal, tenía aquélla, como se ve, sus peligros. Desde el momento que fué admitida la facultad de proceder por medio de procurador, y que lo fué con una extension y con medios cada vez más fáciles y expeditos, este recurso, más sencillo y seguro, debió hacer que cayese por tierra el uso de la *adstipulacion*. Sin embargo, de este uso se habia deducido una utilidad, que se conservó más largo tiempo. Como ninguno podia estipular válidamente por un tiempo posterior á su propia muerte (*post mortem suam*), como ya hemos ex-

(1) Gay. Ib. § 114.
(2) Gay. Com. 3. § 111.
(3) Ib. §§ 215 y 216.

plicado, se imaginó de ponerse adjunto, en semejante caso, un *adstipulador*, á fin de que pudiese obrar despues de la muerte del estipulante principal, y llevar cuenta á los herederos de este último, por la accion *mandati*, de todo lo que hubiese obtenido. Aquí la adstipulacion tiene por objeto dar, por medio de un rodeo, fuerza y efecto á una estipulacion que sin esto sería inútil. Vemos en Gayo que en su tiempo apénas se empleaba la estipulacion en más que en este uso (1). Esta última utilidad desaparece en el momento que Justiniano hace válidas las estipulaciones *post mortem suam*; y con ella, no sólo el uso, sino hasta el nombre de los adstipuladores, que ya no vuelve á encontrarse en los textos de Justiniano, y cuya nocion exacta debemos al manuscrito de Gayo.

### *De los* sponsores *y de los* fidepromissores.

Del mismo modo que un tercero puede ser adjunto del estipulante principal, á fin de estipular la misma cosa para él y por él, del mismo modo puede ser adjunto del promitente, para prometer la misma cosa accesoriamente por él y para él. « *Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari* » (2). El objeto de esta adjuncion es garantir y asegurar mejor al acreedor la ejecucion de la obligacion dándole muchos obligados. Ofreciendo esta seguridad (*cautio*) una utilidad práctica mucho más general que la de la *adstipulacion*, su uso era mucho más frecuente (3). No quedó limitada á las solas obligaciones contraidas por palabras; por medio de algunas variaciones de forma se extendió y generalizó á todas las obligaciones, cualquiera que fuese su orígen, y en este último estado de extension se ha mantenido siempre. Para obtener dicha extension ha servido la fórmula empleada para interrogar al adpromitente. Los términos de la interrogacion no se han tenido aquí por indiferentes, como lo eran respecto al *adstipulador*. De su diferencia, por el contrario, han nacido las diversas clases de adpromitentes.

(1) Gay. Com. 3. § 117 : « *Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur quod stipulando nihil agimus : adhibetur autem adstipulator, et is post mortem nostram agat : qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati judicio, heredi (nostro) tenetur.* »

(2) Gay. Com. 3. § 116.

(3) Gay. Com. 3. § 117 : « *Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores sæpe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.* »

La fórmula civil, exclusivamente propia de los ciudadanos romanos, SPONDES? y la de FIDEPROMITTIS? admitida como equivalente á fin de permitir á los *peregrini* el uso de las *adspromisiones* (1), han permanecido bajo el imperio de los primeros principios. Para salir de los límites estrechos de estos principios se introdujo una tercera fórmula, FIDEJUBES? De aquí han procedido tres clases de adpromitentes: el *sponsor*, interrogado en estos términos: IDEM DARI SPONDES? el *fidepromissor*, interrogado por esta fórmula: IDEM FIDEPROMITTIS? y el fideyusor (*fidejussor*), por ésta: IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? (2). Tratemos desde luégo de los dos primeros, pues forman la regla primera. Por lo demas, se confunden el uno con el otro casi en todo, pues la *fidepromissio* no es otra cosa que la *sponsio* puesta al alcance de los *peregrini* (3). La única diferencia consiste en ciertas ventajas accesorias concedidas particularmente y de un modo exclusivo al *sponsor*.

Hay entre el *adstipulator* por una parte, y el *sponsor* ó *fidepromissor* por otra, un paralelismo bien singular. Estas dos instituciones son absolutamente la contrapartida una de otra. Lo que la una es á la estipulacion, lo es la otra á la promesa.—Así del mismo modo que el *adstipulator*, el *sponsor* ó el *fidepromissor* sólo pueden acceder á obligaciones contraidas por palabras, «*nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*» (4); así como el *adstipulador* es un adjunto á un estipulante principal, igualmente éstos son adjuntos á un promitente principal (5).— Del mismo modo que la *adstiplacion* podia emplearse para remediar la nulidad de la estipulacion hecha por el estipulante principal *post mortem suam*, así la *sponsio* ó la *fidepromissio* podian serlo para remediar la nulidad de la promesa hecha por el promitente principal *post*

(1). Gay. Com. 3. § 120.

(2) Ib. § 116. Si la interrogacion hubiese sido hecha así: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIAS? ¿qué nombre se daria á este promitente accesorio, y cuál seria el resultado? Gayo anuncia debe explicarse sobre esto, pero su explicacion no se encuentra en el manuscrito.

(3) Ib. § 118: «*Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis.*»

(4) Gay. Com. 3. § 119.

(5) Me parece fuera de duda que ni unos ni otros podian intervenir ántes, y es probable ademas que no lo podian tampoco despues, pero que debian adjuntarse inmediatamente á continuacion del contrato principal (Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 6. pr. f. Ulp.); como en la comedia de PLAUTO, en estos dos versos que tan extraordinariamente embarazan á los traductores (*Trinummus*, acto 5, escena 2.ª, versos 38 y 39):

LYSITELES. «Filiam tuam spondes mihi uxorem dari?
CHARMIDES. Spondeo.
CALLICLES... Et ego spondeo idem hoc.»

*mortem suam;* ó de otras nulidades procedentes de causas personales á este último, como, por ejemplo, de que siendo impúbero, hubiese prometido sin autorizacion de su tutor (1).— La regla de que no puede estipularse en el contrato accesorio, ni otra cosa ni más que en el contrato principal, pero que nada impide que se estipule ménos, es comun á la *sponsio* y á la *fidepromissio* lo mismo que á la *adstipulatio* (2).—Del mismo modo que el derecho del *adstipulador* le es exclusivamente personal y no trasmisible á sus herederos, así la obligacion del *sponsor* ó del *fidepromissor* no pasa á sus herederos : «*Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*» (3).—En fin, del mismo modo que el *adstipulador*, acreedor por estipulacion con respecto al promitente, no es con respecto al estipulante principal más que un mandatario obligado, por la accion *mandati*, á restituirle lo que haya percibido, así el *sponsor* ó el *fidepromissor*, deudor por promesa verbal con respecto al estipulante, no es en sus relaciones con el promitente principal más que un mandatario que tiene el derecho, por la accion *mandati*, de hacerse reembolsar lo que ha pagado (4).

Diversos plebiscitos que importa observar en la historia del derecho romano, y cuya existencia y algunas disposiciones nos han sido reveladas por Gayo, habian arreglado sucintamente la materia de los *sponsores* y de los *fidepromissores*. — 1.º La ley APULEYA (*de sponsu:* año 652 de Roma, 102 ántes de J. C.), aplicable áun fuera de Italia, segun la cual existia de pleno derecho una especie de sociedad entre los *sponsores* ó *fidepromissores*, cuando eran muchos; de tal manera que si uno de ellos hubiese pagado más que su parte, podia reclamar el exceso de los demas por su accion *pro socio* (5). Otra disposicion, perteneciente á una ley, cuyo nombre es ilegible en el manuscrito de Gayo, y probablemente la misma que la precedente, exigia que el acreedor que debiese recibir *sponsores* ó *fidepromissores*, declarase alta y préviamente (*prædicet palam et declaret*) para qué objeto y cuánto iba á recibir de ellos; faltando lo cual, los *sponsores* y los *fidepromissores* tenian treinta dias para hacer acreditar judicialmente que la declaracion requeri-

(1) Gay. Com. 3. § 119.
(2) Gay. Com. 3. 126.
(3) Ib. § 120 : salvo, respecto de los peregrinos, el derecho local de su ciudad.
(4) Ib. § 127.
(5) Ib. § 122.

da no habia tenido lugar, y comprobado este hecho, quedaban libres de toda responsabilidad (1). — La ley FURIA (*de sponsu:* por conjetura, del año 659 de Roma, 95 ántes de J. C.), aplicable á Italia solamente, y segun la cual la obligacion de los *esponsores* y de los *fidepromissores* no duraba más que dos años (*biennio liberantur*), y se dividia de pleno derecho en este intervalo, cuando habia muchos *sponsores* ó *fidepromissores*, entre todos los que existian en el momento de la exigibilidad (*eo tempore quo pecunia peti potest*), de tal manera que sólo podia dirigirse accion contra cada uno de ellos por su parte viril (2). — 3.° Una ley CORNELIA (de Cornelio Syla, año 673 de Roma, 81 ántes de J. C.), en la que se principia á no tratarse ya de los solos *esponsores* y *fidepromissores;* pero cuyas disposiciones eran generales, y que, salvos algunos créditos tratados con más favor y especialmente exceptuados, prohibian que la misma persona pudiese obligarse por el mismo deudor, con el mismo acreedor, en el mismo año (*idem, pro eodem, apud eundem, eodem anno*) y más allá de XX mil; excedida la suma, no era válido el compromiso (3). — En fin, una ley PUBLILIA, cuya fecha nos es desconocida, atribuia á los solos *sponsores* un beneficio particular : el de poder reclamar contra el principal obligado la restitucion de lo que hubiesen pagado por él, por una accion especial, *actio depensi*, acompañada, en caso de contestacion por su parte, de una condenacion del doble (*adversus inficiantem in duplum*). Los *fidepromissores* no participaban de esta ventaja (4).

---

(1) Gay. Com. 3. § 123. — Es natural que habiendo establecido la ley APULEYA una sociedad de pleno derecho entre los *esponsores* ó *fidepromisores*, hubiese querido que ántes de contraer su compromiso les fuese declarado altamente para qué objeto y en qué número iban á asociarse : dos puntos importantes para juzgar la extension de su obligacion.

(2) Gay. Com. 3 § 121. — Cod. 7. 40. *De annali exceptione italici contractus tollenda.*

(3) Gay. Com. 3. §§ 124 y 125. — Se trata en el Digesto de esta ley CORNELIA : 11. 5. *De aleatoribus.* 3. f. Marcian. — Es cosa digna de notarse que las dos leyes APULEYA y FURIA, las primeras en fecha, no hablan sino de los *esponsores* y *fidepromisores.* La que sigue, la ley CORNELIA, dispone para todas las especies de garantes, y áun para los fideyusores. ¿No es natural pensar que en el intervalo de quince años que las separa, para evitar las restricciones de las dos primeras leyes, sobre todo aquellas tan estrictas de la ley FURIA, el uso de los fideyusores, obligándose por otra fórmula, y, por consiguiente, huyendo de estas reglas, hubiese sido, si no inventado, al ménos multiplicado, que hubiese entrado, en el uso cotidiano de los negocios, como el medio de responder más ámpliamente y con mayor severidad de las deudas de otro, de tal manera que la ley CORNELIA establece sus limitaciones lo mismo á estas fideyusiones que á las esponsiones y fidepromisiones?

(4) Gay. Com. 3. § 127. y Com. 4. § 9. — Paul. Sent. 1. 19. § 1. — Véase tambien Gay. Com. 4. § 22, relativamente á la accion de la ley, *manus injectio*, concedida á los *esponsores* por las leyes PUBLILIA y FURIA.

## TITULUS XX. — TÍTULO XX.

### DE FIDEJUSSORIBUS. — DE LOS FIDEYUSORES.

La seguridad dada por los *esponsores* y por los *fidepromisores* se hallaba encerrada en límites bien estrechos. Por el orígen y por la misma naturaleza de la institucion, no podia acomodarse sino á obligaciones formadas por palabras, y no sobrevivia á los responsables. Sin embargo, la misma utilidad de asegurar su crédito existia en todas las obligaciones, y se podia desear una seguridad ménos perecedera. De aquí procedió la necesidad de evitar, por el uso de otra fórmula, el rigor de los principios. Esta necesidad fué todavía mucho más imperiosa cuando por la ley FURIA se halló la obligacion de los *esponsores* y *fidepromisores* limitada á dos años, y dividida entre ellos de pleno derecho y por cabezas. De aquí el orígen y la causa de la propagacion del uso de los fideyusores, que acabaron por reemplazar, en la práctica de los negocios, á los *esponsores* y *fidepromisores*, y áun por hacerlos olvidar. Bajo el imperio de Justiniano ya en realidad no se hace mencion de estos últimos, aunque aparece alguna vez su nombre en los textos, áun posteriores al Digesto, á la Instituta y al Código (1).

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores apellantur; quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

Se usa que por el promitente se obliguen tambien las personas, llamadas fideyusores, que los acreedores acostumbran exigir para aumentar su seguridad.

I. *In omnibus autem obligationibus* adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest *utrum civilis an naturalis* sit obligatio cui adjiciatur fidejussor; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in quod sibi naturaliter debetur.

1. Los fideyusores pueden acceder *á toda obligacion* que sea formada por la cosa, por palabras, por escrito ó por el consentimiento. Poco importa que la obligacion sea *civil ó natural;* de tal manera que un fideyusor puede obligarse por un esclavo, ya con un extraño, ya con el mismo señor de aquél, por lo que naturalmente se le debe.

*In omnibus obligationibus.* Es la principal ventaja obtenida por

(1) Véase la novela de Justiniano (año 539 de J. C.): De *fidejussoribus et mandatoribus, sponsoribus,* etc.; cap. I y II.

la introduccion de la fideyusion: esta especie de caucion puede acomodarse no sólo á la obligacion por palabras, sino á toda especie de obligacion: « *Omni obligationi fidejussor accedere potest*» (1); y áun á las procedentes de delitos (2).

*Utrum civilis an naturalis.* Para que la accesion de un fideyusor pudiese tener lugar era absolutamente preciso que hubiese una obligacion principal (3); pero con tal que hubiese una (*dummodo sit aliqua*), poco importaba que fuese civil, pretoriana ó simplemente natural. «*Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua civilis vel naturalis obligatio cui applicetur*» (4). Por manera que podrá suceder que el deudor principal no esté obligado sino por una accion pretoriana, ó áun que no se haya sometido á ninguna, miéntras que el fideyusor quedará obligado por la accion civil, que resulta de su promesa de garantía. En efecto, interviene precisamente para asegurar y fortificar la obligacion principal; nada impide, pues, que se halle ligado de una manera más eficaz y segura. — El ejemplo dado por el texto es bien patente: habiendo contraido el hijo de familia y áun el esclavo alguna obligacion con el jefe, que no puede ser más que una obligacion natural, éste podrá estipular la garantía de un fideyusor. Pero lo contrario no podria tener lugar. En efecto, en el caso de una obligacion natural, de un padre de familia con su hijo ó con su esclavo, si éstos estipulasen una fideyusion, la accion civil que de esto resultaria la adquiriria el padre, pues ellos no pueden estipular sino para él; es decir, que el padre sería á un mismo tiempo deudor natural de la deuda y acreedor civil de la garantía: resultado inadmisible (5).

| | |
|---|---|
| II. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit. | 2. El fideyusor no sólo se obliga á sí mismo, sino que tambien á sus herederos. |

Es tambien una de las ventajas de la fideyusion. La garantía no se acaba ni con la muerte de los fideyusores, ni con el plazo de dos años de la ley FURIA, como sucedia con los *esponsores* y *fidepromisores* (6).

(1) Dig. 46. 1. *De fidejussoribus et mandatoribus.* 1. f. Ulp.; 2. f. Pom.; 8. § 1. f. Ulp.; 16. § 3. f. Julian. — Salva la prohibicion excepcional inserta en el Código: 5. 20. *De fidejussores vel mandatores dotium dentur.*

(2) Ib. 8. § 5. f. Ulp.; 56. § 3. f. Paul: 70. § 5. f. Gay.

(3) Dig. 14. 6. *De senat. cons. macedon.* 18. f. Venuley.

(4) Dig. 46. 1. *De fidej.* 12. § 3. f. Julian; 6. § 2. f. Ulp., y 7. f. Julian.

(5) Dig. 46. 1. *h. tit.* 70. § 3. f. Gay., y 56. § 1. f. Paul.

(6) Ib. 4. § 1. f. Ulp.

III. Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest.

3. La fideyusion puede preceder ó seguir á la obligacion principal.

A diferencia de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, que, segun toda probabilidad, no podian preceder á la estipulacion principal, y que quizá tal vez debian seguirla inmediatamente, sin que fuese posible añadirlas despues. Nada de esto tiene lugar en la fideyusion (1). Bien entendido que cuando la fideyusion se hace ántes, su efecto queda en suspenso (*in pendenti est*), y no se realiza sino por la existencia de la deuda principal (2).

IV. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, *singuli in solidum* tenentur; itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex *epistola divi Hadriani* compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt *litis contestatæ tempore*, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, *hoc ceteros onerat*. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit; et sibi imputare debet; cum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio.

4. Si hay muchos fideyusores, todos los que haya están obligados, *cada uno por el todo*: por consiguiente, puede libremente el acreedor proceder contra el que quiera, por todo. Pero segun un *rescripto del divino Adriano*, el acreedor está obligado á dividir su accion entre todos aquellos que pueden pagar en el tiempo de la *litis contestatio*; por manera que si uno de ellos se halla insolvente en este tiempo, *grava éste á los demas en la parte* correspondiente. Pero si el acreedor ha obtenido el todo de alguno de los fideyusores, éste, en caso de insolvencia del deudor principal, sufrirá sólo el perjuicio; y debe imputársele á sí mismo, pues habria podido recurrir al rescripto del divino Adriano, y pedir que la accion sólo se diese contra él por su parte.

Los fideyusores no se hallaban comprendidos en las disposiciones de la ley FURIA; se hallaban bajo la regla comun de las estipulaciones. Si, pues, eran muchos para un mismo crédito, estaban obligados, á ménos que no hubiesen hecho sólo una promesa por parte (3), cada uno por el todo (*singuli in solidum*), y áun sin que esto se declarase (4), porque tal era el resultado natural de su respuesta: IDEM FIDEJUBES? FIDEJUBEO. Por consiguiente, el acreedor era libre en proceder contra el que mejor le

(1) Ib. 6. pr. y § 2. f. Ulp.
(2) Dig. 5. 1. *De judiciis*. 35. f. Javol.; 46. 1. *h. tít.* 57. f. Scevol.
(3) Dig. 46. 1. *h. tít.* § 51. pr. f. Papin.
(4) Cod. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*. 3. const. de Sever. y Anton.: «*Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur.*»

pareciese de ellos, por el todo. El texto indica de qué manera un edicto del emperador Adriano (*epistola divi Hadriani*) vino en auxilio de los fideyusores, de la misma manera que la ley FURIA habia venido en auxilio de los *esponsores* y *fidepromisores* (1).—Obsérvese, sin embargo, entre las disposiciones de este edicto y las de la ley FURIA: 1.°, que respecto de los fideyusores, la accion del acreedor no se divide de pleno derecho, sino que es preciso que el fideyusor perseguido reclame esta division; 2.°, que la division no tiene lugar, como segun la ley FURIA, entre aquellos que viven en el dia en que el crédito es exigible, sino entre los fideyusores que no se hallen insolventes en el momento de la *litis contestatio*; de tal manera que hasta este momento responden unos de la insolvencia de los otros: «*hoc ceteros onerat*», dice el texto; «*ad ceterum onus respicit*», dice Gago (2). Esta ventaja, concedida á los fideyusores, de poder solicitar la division de la accion entre todos los que no sean insolventes, se llama comunmente en la jurisprudencia el *beneficio* de division. Se ve que desde entónces los fideyusores no se hallan obligados mancomunalmente, como los *co-rei;* no lo son tampoco cada uno por su parte; se hallan obligados por el todo, pero con el beneficio de division.—En cuanto á la *litis contestatio*, esta parte del procedimiento, en la cual en el tiempo de las acciones de la ley cada litigante, despues de cumplir el rito de la accion ante el pretor, tomaba ciudadanos de testigos de lo que acababa de pasar: *testes estote!* y acreditaba de este modo quedar trabado el juicio; de ella hablarémos más adelante. Verémos cómo se modificó por el sistema formulario, á qué se reducian los diversos efectos que producia, y entre otros el de que aquí se trata con respecto á los fideyusores; y en fin, lo que llegó á ser cuando el procedimiento no fué ya más que extraordinario.

V. Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione

5. Los fideyusores no pueden obligarse de manera que deban más que aquel por quien se obligan. Porque su obligacion es accesoria de la accion principal: y lo accesorio no

(1) Gay. (Com. 3. §§ 121 y 122) nos habla tambien circunstanciadamente de este edicto del emperador Adriano. Sin embargo, Paulo, en sus *Sentencias* (lib. 1, tit. 20), parece atribuir esta division de accion al edicto del pretor (*ex edicto prætoris*).

(2) Dig. 46. *h. tit.* 26. f. Gay.: y 51. §§ 1 y 4. f. Papin.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 3. const. de Sever. y Anton.

potest esse quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promisserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra vero obligari non potest. Item si ille pure promisserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest: non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

puede contener más que lo principal. Por el contrario, pueden obligarse de modo que deban ménos. Si, por ejemplo, el deudor principal ha prometido diez sueldos de oro, el fideyusor puede válidamente obligarse por cinco; pero lo contrario no podria tener lugar. Del mismo modo, si el deudor ha prometido pura y simplemente, el fideyusor puede prometer bajo condicion; pero lo contrario no es posible. En efecto, no sólo en la cantidad, sino tambien en el tiempo, se considera lo más ó lo ménos; dar una cosa en el acto, es más; darla despues de un cierto plazo, es ménos.

Esta es una regla comun tanto al adstipulador cuanto á los *esponsores*, *fidepromisores* y fideyusores (1). El motivo es el mismo, y lo que hemos dicho respecto del adstipulador, se aplica á todos.—Limitando la suma, las disposiciones de la ley CORNELIA hasta á la que podia obligarse la misma persona por otro (*idem pro eodem, apud eundem, eodem anno*), eran igualmente comunes á los fideyusores, lo mismo que á los *esponsores* y *fidepromisores* (2).

VI. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

6. Por lo demas, si el fideyusor ha pagado alguna cosa por el deudor, tiene, para recobrarla, la accion de mandato contra este último.

Regla igualmente comun á los *esponsores*, *fidepromisores* y fideyusores (3): salva la accion especial de que gozaban sólo los *esponsores* en virtud de la ley PUBLILIA, *actio depensi*.—Sin embargo, si el fideiyusor ha intervenido sin ningun mandato, ni expreso, ni tácito, del deudor principal y sin conocimiento de este último (*pro ignorante*), como, por ejemplo, durante su ausencia, no puede haber lugar á la accion de maudato: le corresponde la accion de gestion de negocios (*negotiorum gestorum*) (4). No tendrá ninguna accion si ha intervenido contra la voluntad del deudor principal y á pesar de su prohibicion *pro invito* (*pro præsente*

(1) Gay. Com. 3. § 126.—Dig. 46. 1. *hoc tit.* 8. § 7. f. Ulp.; 34. f. Paul.—50. 16. *De verb. sign.* 12. § 1. f. Ulp.

(2) Gay. Com. 3. § 124.

(3) Gay. Com. 3. § 127.

(4) Dig. 17. 1. *Mandati vel contra*. 20. § 1. f. Paul.

*et vetante*) (1); ó bien por pura liberalidad (*donandi animo*), es decir, con ánimo de gratificarlo pagando por él (2).

VII. Græce fidejussor ita accipitur, Τῇ ἐμῇ, πίστει κελεύω, λέγω θέλω, sive βούλομαι; sed et si φημί dixerit, pro eo erit ac si dixerit λέγω.

7. El fideyusor se obliga, en griego, en estos términos: Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω (*ordeno sobre mi fe*), λέγω (*digo*) θέλω ó βούλομαι (*quiero ó quiero bien*); si dice φημί (*pretendo*), será como si hubiese dicho λέγω.

De este párrafo, sacado de un fragmento de Ulpiano (3), podemos deducir que áun en tiempo de este juriscousulto se habia segregado, respecto de la fideyusion, la fórmula primitiva: IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? y que se habian admitido otras expresiones equivalentes. Miéntras que la *sponsio* y la *fidepromissio* tomaban siempre su carácter particular de los términos mismos en ellas empleados.

VIII. In stipulationes fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ud quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constant, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

8. En las estipulaciones de fideyusores, debe saberse que esta regla general ha sido admitida, y que todo lo que se halla escrito como habiendo sido hecho, está tenido por haberlo sido. Si pues alguno ha escrito haberse constituido fideyusor, todas las solemnidades requeridas se reputan haber tenido lugar.

Continuacion de la tendencia á dar cada vez mayor fe á lo escrito, y menor á la prueba positiva de la realizacion material de los actos y de las palabras. Este principio, ya expuesto para las estipulaciones en general, parece haber sido ántes admitido y de un modo más radical para los fideyusores. Ulpiano lo expresa en estos términos: «*Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta*» (4).

Concluyamos diciendo que la especie particular de seguridad (*cautio*), que consiste en dar al acreedor *adpromisores*, es decir, garantes, que se obliguen por promesa verbal (*verbis*) por el deudor principal, se llama *satisdatio*. *Satisaccipere* es recibir esta

(1) Sin embargo, la cuestion habia sido muy controvertida; ciertos jurisconsultos romanos querian darle, en este caso al ménos, la accion útil *negotiorum gestorum*; pero la opinion contraria habia prevalecido. Dig. 17. 1. *Mandat.* 40. f. Paul.—Cod. 2. 19. *De negotiis gestis.* 24. const. de Justinian.

(2) Dig. 17. 1. *Mandat.* 6. § 2. f. Ulp.

(3) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 8. pr. f. Ulp.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* const. de Alejand.

(4) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 30. f. Ulp.

seguridad; *satisdare* es darla. Y estas denominaciones son comunes tanto á los *esponsores* cuanto á los *fidepromisores* y *fideyusores* (1).

### ACCIONES RELATIVAS Á LAS ADSTIPULACIONES Y Á LAS ADPROMISIONES.

El adstipulador, por consecuencia de su intervencion, tiene dos especies de relaciones diferentes: 1.°, relaciones con el promitente; 2.°, relaciones con el estipulante principal.—Los adpromisores pueden tenerlas de tres especies; en efecto, deben ser considerados en sus relaciones: 1.°, con el acreedor; 2.°, con el deudor principal; y 3.°, entre sí, si son muchos. De estas diversas relaciones resultan, para la reclamacion de los derechos que á ellas se refieren, diversas acciones que se trata de dar á conocer.

*Por lo que respecta al adstipulador:* 1.° Respecto del promitente, es acreedor por estipulacion, y tiene, por consiguiente, la accion que resulta del contrato por palabras: la *condictio certi* ó la *actio ex stipulatu*, que fenece con su muerte, pues el derecho es para él individual.—2.° Respecto del estipulante principal, es un mandatario; tiene éste, pues, contra él la accion *mandati* para hacerle dar cuenta, y restituir lo que haya tomado; ó áun la accion *damni injuriæ*, que resulta del capítulo especial de la ley AQUILIA, en el caso previsto por dicha ley.

*Por lo que respecta á los* esponsores *y á los* fideipromisores: 1.° Con relacion al acreedor eran deudores por estipulacion; éste tenía, pues, contra ellos la accion nacida del contrato por palabras (*condictio certi*, *actio ex stipulatu*); sin embargo, con dos modificaciones que resultaban de la ley FURIA, y que eran aplicables á Italia solamente: la *primera*, que esta accion sólo durase contra ellos dos años; y la *segunda*, que se dividiese de pleno derecho, igualmente y por cabezas, si eran muchos, entre todos aquellos que viviesen en el dia en que el crédito pudiera ser exigido.—2.° Con relacion al promitente principal eran mandatarios, y tenian, pues, contra él la accion *mandati* para hacerse reembolsar de lo

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 5. §§ 1 y 2: «*Satisacceptio est stipulatio, quæ ita obligat promissorem, ut promissores quoque ab eo accipiantur, id est qui idem promittunt*, etc.»—Gay. Com. 3. §§ 123 y 125, etc.

que por él hubiesen pagado. El *esponsor* tenía ademas, con el mismo objeto, una accion particular, que especialmente se le atribuia por la ley PUBLILIA, la accion *depensi*, que producia condenacion del doble en caso de denegacion (*adversus inficiantem*).—3.° Entre sí eran considerados, en virtud de las disposiciones de la ley APULEYA, como especies de asociados ó consocios; por consiguiente, aquel que en virtud de reclamacion del acreedor se hubiese visto obligado á pagar más de su parte, tenía contra los demas la accion *pro socio*, para hacer que cada uno abonase la porcion que le correspondiese. Despues de la ley FURIA perdió este recurso toda aplicacion posible en Italia, pues la accion del acreedor se dividió de pleno derecho; pero continuó subsistiendo en las provincias (1).

*En fin, por lo que respecta á los fideyusores:* 1.° Con relacion al acreedor, son tambien deudores por estipulacion; éste tiene, pues, contra ellos la *condictio* ó la accion *ex stipulatu*. — 2.° Con relacion al deudor principal, son, segun los casos, mandatarios ó gerentes de negocios; tienen, por consiguiente, ya la accion *mandati*, ya la accion *negotiorum gestorum*, para obtener el reembolso de lo que hubiesen pagado, á ménos que por él hubiesen intervenido contra su prohibicion ó por pura liberalidad (*donandi animo*).— 3.° En fin, entre sí, salva convencion especialmente contraria, no existe sociedad alguna, porque nunca les ha sido aplicable la ley APULEYA; aquel de ellos que haya pagado aún la totalidad, no puede tener, pues, por este solo hecho, ningun recurso contra sus cofideyusores (2).

Pero en todos estos puntos, y para asegurar sus intereses, ya con respecto al acreedor realmente, ya con respecto al deudor principal, ó ya áun con respecto á sus cofideyusores, les fueron sucesivamente concedidas diversas ventajas. Bajo el derecho de Justiniano tuvieron tres bien notables, vulgarmente conocidas hoy en la jurisprudencia con los nombres de beneficios ó excepciones: 1.°, de órden ó de discusion (*ordinis ó excussionis beneficium*); 2.°, de division (*divisionis*); y 3.°, de cesion de acciones (*cedundarum actionum*).

---

(1) Gay. Com. 3. § 122.

(2) Gay. ib. (*Ad fidejussores lex*) *Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit.*—Dig. 46. *hoc tit.* 39. f. Modestin. —Cod. 8. 41. *hoc tit.* 11. const. de Alejand.

Vemos en un fragmento de Paulo y en otros muchos textos, que el acreedor, á ménos de haber convencion contraria, era libre de intentar su accion, ya contra el deudor principal, ya contra el fideyusor, y si eran muchos, contra cualquiera que quisiesen: «*Jure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fideijussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur*», dice una constitucion del emperador Antonino (1). Una vez hecha la eleccion, y la accion ejercitada contra uno *lite contestata*, los demas quedan libres (2). En una constitucion de fecha del año 531 habia Justiniano alterado este último punto; la reclamacion ejercitada contra uno no libraba á los demas (3). Sin embargo, en el prefacio de una de sus novelas nos habla de una ley antigua que habia caido en desuso, aunque ignora cómo, segun la cual no se dejaba al acreedor esta libre eleccion, ley que tuvo á bien restablecer, mejorándola (4). Por consecuencia de esta novela, el fideyusor perseseguido por el acreedor puede exigir que éste se dirija primero al deudor principal (*veniat primum ad eum qui debitum contraxit, ad principalem*), y sólo recurra contra el fideyusor por lo que no haya podido obtener del deudor (*secundum quod ab eo non potuerit recipere*). En caso de ausencia del deudor principal se concede por el juez al fideyusor un plazo para llamarle en causa ó á juicio (*Judex det tempus intercessori, idem est dicere sponsori et mandatori, volenti principalem deducere*), transcurrido el cual, sigue la accion su curso contra el fideyusor (*tunc fidejussor, aut mandator aut sponsor exequatur litem*). Esto es lo que se llama, en términos vulgarmente sancionados hoy, el beneficio ó la excepcion de órden ó de escusion (5). Nótese tambien que ya ántes de aquella novela y por una constitucion inserta en el Código Justiniano, habia decidido que reclamando primero del deudor principal ó de uno de los fideyusores, no perderia el acreedor su derecho contra los de-

(1) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 4. const. de Anton.; 19 y 21. const. de Diocl. y Maxim.— Paul. Sent. 17. § 16.

(2) Paul. Sent. 17. § 16.: «*Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur.*»— No sucedia lo mismo con respecto á los mandantes, segun lo que añade Paulo inmediatamente: «*Non idem in mandatoribus observatur*», y lo que nos dice un fragmento de Julian.: Dig. 46. 1. *hoc tit.* 13.

(3) Cod. 8. 41. *De fidej.* 28. const. de Justin.

(4) Novela 4 (año 539 de J. C.), Prefac.: «*Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam....., rursus revocare et ad rempublicam reducere, bene se habere putavimus: non simpliceri...., sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento.*»

(5) Novela 4, cap. I.

mas, sino que lo conservaria hasta su completa satisfaccion (1).

El fideyusor perseguido puede ademas aprovecharse de la facultad que le ha sido concedida por el rescripto de Adriano (*epistola divi Hadriani*), y exigir que el acreedor divida su accion contra los cofideyusores que podian pagar en el momento de la *litis contestatio:* tal es el beneficio ó la excepcion de division que ya hemos expuesto.

En fin, si el fideyusor, en vez de exigir la division, se halla dispuesto á dar al acreedor el total de la deuda, tiene derecho para hacerlo, no á título de pago (*in solutum*), lo que extinguiendo el crédito dejaria libres á todos los demas obligados, y quedaria, por consiguiente, el fideyusor sin otra accion contra el deudor principal que la de mandato ó de gestion de negocios, y sin ninguna especie de recurso contra sus cofideyusores; pero tiene derecho de hacerlo á título de persona que adquiere, como comprando en cierto modo al acreedor su crédito, que desde entónces continúa subsistiendo, tanto contra el deudor principal cuanto contra los cofideyusores : « *Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina* », dice Juliano (2); y Paulo explica más positivamente cómo el crédito no se extingue, aunque el acreedor reciba su importe : « *Non enim in solutum accipit; sed quodammodo nomen debitoris vendidit* » (3). Ya sabemos (t. I, pág. 697), y verémos más por menor al tratar especialmente de la materia, que un crédito no puede ser verdaderamente trasladado de la persona del acreedor á otra ; que á pesar de la cesion, el derecho continúa siempre perteneciendo al acreedor ; que sólo éste se halla obligado á constituir en cierto modo al cesionario como procurador suyo, pero procurador en sus propios intereses (*procurator in rem suam*), y á darle ó encomendarle en este concepto el ejercicio de todas sus acciones, con las prendas, hipotecas y otras seguridades que puedan corresponderle. Esto es lo que se llama, por parte del acreedor, *actiones mandare*, *actiones præstare* ó *actiones cedere*. Esto es lo que tendrá lugar en favor del fideyusor que pague la

---

(1) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 28. const. de Just., año 531.—Establece en este punto, respecto de los fideyusores, el derecho que ya existia para los mandantes.

(2) Dig. 46. 1. *De fidej.* 17. f. Julian.

(3) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 36. f. Paul.

totalidad. En esta cesion hallará el fideyusor una doble ventaja: los privilegios, hipotecas y demas seguridades se le cedian con la accion, y las prendas se le entregaban (1), pudiendo gestionar para su reembolso : 1.°, contra el deudor principal, no sólo por la accion de su propia cuenta, la accion *mandati* ó *negotiorum gestorum*, desprovista de toda garantía, sino en nombre del acreedor y como el propio acreedor; 2.°, contra sus propios cofideyusores, contra los cuales sin esto no habria tenido ningun recurso.—Para tener derecho de exigir esta cesion de acciones, debe el fideyusor pagar el todo (*ei qui solidum solvere paratus est;—non prius quam omne debitum exsolvatur*, dicen los textos). Pero desde el momento que ofrece el todo, el acreedor se halla obligado á hacerla (*stipulator compelletur*) (2). En otro tiempo era ciertamente necesario que la cesion tuviese lugar ántes que la accion hubiese sido dada ó ejercitada contra el fideyusor (es decir, ántes de la *litis contestatio*) : pasado este plazo, ya no era tiempo, pues todos los demas obligados quedaban libres; pero ya sabemos que habiendo sido alterado por Justiniano este derecho comun, el fideyusor puede pedir la cesion de las acciones del acreedor, despues que haya sido perseguido y áun condenado (3). Tal es el beneficio de cesion (*cedundarum actionum*).—Cuando el fideyusor se encuentra solo, la ventaja que puede de ello resultarle no admite duda. Pero cuando tiene muchos cofideyusores solventes en el momento de la *litis contestatio*, á él corresponde ver, segun las circunstancias, si le es más útil pedir la division y no pagar más que su parte, salvo no tener otro recurso que su accion *mandati* contra el deudor principal, ó bien, si mejor le parece, hacer el adelanto del capital y pagar el todo, haciéndose ceder las acciones del acreedor para de esta manera ponerse en su lugar y puesto, tanto contra el deudor principal como contra los fideyusores; porque éstos dos derechos no pueden acumularse.

---

(1) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 59. f, Paul.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. de Sever. y Anton.; 11. const. de Alejand.

(2) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 17. f. Julian.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. de Sever. y Anton.; 21. const. de Diocl. y Maxim.

(3) Es preciso aplicarle lo que se decia en otro tiempo de los mandantes (Dig. 46. 1. *De fidejuss. et mandat.* 41. § 1. f. Modest.), pues Justiniano los asimiló en este punto (Cod. 8. 41. *De dejuss. et mandat.* 28. const. de Justin.)

### *Del senado-consulto* VELEYANO (1), *y de lo que se entiende por intercesion y por intercesores.*

No dejarémos la materia de los adpromitentes sin decir algo de un senado-consulto muy notable, que ha tenido el mayor influjo en el estado y capacidad de las mujeres en materia de obligaciones. El espíritu del derecho romano negaba á las mujeres la misma capacidad jurídica que concedia á los hombres. El derecho antiguo las sujetaba, ya al poder de otro, ya á una tutela perpétua; para ellas no habia otra condicion. Los procedimientos sutiles de los juriconsultos, y el cambio en las costumbres, las habian, en cierto modo emancipado : pudieron considerarse como libres, y ser en realidad dueñas de sus acciones. Desde entónces se pensó en limitar por reglas y por miras de proteccion la extension de su capacidad. Bajo el imperio de Augusto, y en seguida bajo el de Claudio, expidieron edictos estos príncipes prohibiendo que las mujeres pudiesen obligarse válidamente por deudas de sus maridos : «*ne feminæ pro viris suis intercederent*» (2), y en el reinado de este último emperador, y en virtud de proposicion de los cónsules Marco Silano y Veleyo Tutor (año 46 de J. C.), fué admitido un senado-consulto que generalizó la prohibicion (3). Este senado-consulto, que ha conservado el nombre de uno de los cónsules, S.-C. VELEYANO, y del cual nos ha transmitido las propias palabras un fragmento de Ulpiano (4), prohibe que las mujeres puedan en manera alguna obligarse por deuda de otro (*pro aliis reæ fieri*), ó para usar la expresion sancionada en esta materia, y que se encuentra tambien en el expresado senado-consulto, que puedan interceder (*intercedere*) por otro. «*In genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur*», dice

(1) Paul. Sent. 2. 11. *Ad senatus-cons. Velleianum.*—Dig. 16. 1. *Ad sen.-cons. Velleianum.*—Cod. 4. 29. *Ad sen.-cons. Velleianum.*—Novela 134, cap. 8. *De intercessionibus mulierum.*

(2) Dig. 16. 1. *Ad sen.-cons. Vellej.* 2. pr. f. Ulp.

(3) Dion. Cass. LX. 27.

(4) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 1 : «Cujus S.-C. verba hæc sunt : *Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor, consules, verba facerunt, de obligationibus feminarum quo pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum: arbitrarii Senatum, recte atque ordine facturos, ad quod de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

el jurisconsulto Paulo (1). Si así se han obligado, pueden, cuando el acreedor las persiga, defenderse por la excepcion tomada del senado-consulto : *«ei per exceptionem Vellejani senatus-consulti succurritur»* (2); ó áun repetir por la *condictio indebiti*, por lo que con ignorancia del recurso que les daba el senado-consulto, hubiesen pagado de semejante deuda (3). Algunas circunstancias particulares, pero excepcionales, podian, sin embargo, oponer obstáculo á que la mujer pudiera aprovecharse de la excepcion (4). Tal es el derecho que se conservó, y que habiendo llegado hasta Justiniano, lo mantuvo este príncipe, salvas algunas modificaciones (5). Sus aplicaciones eran muchas en la práctica, y se ofrecian frecuentemente en los negocios en que se hallaban mezcladas las mujeres. Obsérvese que este derecho no prohibia á las mujeres obligarse por sí mismas, ni áun pagar por otro (6), sino sólo obligarse por otros; y esto por el motivo de que no apreciando suficientemente las consecuencias futuras de las cosas, se sienten más fácilmente inclinadas á obligarse por otro que á dar (*hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat*).

De esta materia es preciso deducir la nocion general de las palabras *intercedere*, *intercessio*, *intercessor*, usadas muchas veces en los textos. *Intercedere* es obligarse voluntariamente por la deuda de otro, ya de modo que inmediatamente quede libre, ya estando obligado con él y por él (*pro alio reus fieri—alienam obligationem suscipere*).

La *intercessio* es la convencion por la cual se obliga uno de cualquier manera que la obligacion se haya contraido (7). El *intercessór* es aquel que se obliga por otro. Por esto se ve que todas las

---

(1) Paul. Sent. 2. 11. § 1.

(2) Cod. 4. 29. *hoc tit.* 3. const. de Anton.; 16. const. de Diocl. y Maxim.

(3) Cod. 4. 29. *hoc tit.* 9. const. de Gordian.—Dig. 16. 1. *hoc tit.* 8. § 3. f. Ulp.

(4) Por ejemplo : si ha habido dolo de su parte.—Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 3. f. Paul.; 11. f. Paul.; 27. pr. Papin.; 30. pr. f. Paul., y Cod. 4. 29. *hoc. tit.*; 18. const. de Diocl. y Maxim.—O si ello no debe experimentar ningun perjuicio : Dig. 16. 1.; 16. pr. f. Julian.; 21. pr f. Calistrat.; 22. f. Paul.—Si el acreedor es un menor de 25 años, y el deudor principal se halla insolvente : Dig. 4. 4. *De minor.* 12. f. Gay.—Y áun algunas otras : Dig. 16. 1. *hoc. tit.* 32. § 4. f. Pomp.—Paul. Sent. 2. 11. § 2.

(5) La más importante consiste en que Justiniano quiere que si la mujer ha hecho su intercesion siendo mayor de 25 años, y la reitera despues de dos años, no puede ya prevalerse del senado-consulto.—Véase Cod. 4. 29. *hoc. tit.* 22 y 23. const. de Justinian.—Véase tambien la Nov. 134. cap. 8.

(6) Dig. 16. 1. *hoc. tit.* 4. § 1. f. Ulp.; 5. f. Gay.—Cod. 4. 29. *hoc tit.* 1. const. de Anton. y 4 const. de Alejand.

(7) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 5. f. Ulp.

*adpromissiones*, tanto las esponsiones cuanto las fidepromisiones y fideyusiones, era una especie de intercesiones formadas por palabras (*verbis*). Pero otras intercesiones podian tener lugar de otras muchas maneras y con otros efectos.

## TITULUS XXI. — TÍTULO XXI.

### DE LITERARUM OBLIGATIONE. — DE LA OBLIGACION LITERAL.

La estipulacion ha sido en el derecho civil quiritario, como medio de contraer obligaciones, la primera derivacion del *nexum*, del peso *per æs et libram:* son las palabras (*nuncupatio*) segregadas de la solemnidad, y suponiendo el peso realizado. La filiacion de las palabras, si se ha de dar crédito á lo que Festo nos indica, nos descubriria el orígen y naturaleza de la institucion. *Stipu-latio*, el metal (*stips, stipendium*, cuando está en monedas, derivacion probable de *pendere*) está tenido por pesado y dado.

Llegamos ahora á la segunda derivacion de la misma idea. El metal, el dinero, será todavía tenido por pesado y dado, pero por un escrito, y no por palabras; sólo se ha dado un paso más adelante. Y las palabras vendrán á descubrirnos de un modo todavía más cierto el mismo orígen. *Expensi-latio*, *pecunia expensa lata: pecunia accepta relata:* el dinero se tiene por pesado y dado por uno, por pesado y recibido por otro. Si las inducciones de la filología pueden ser variables y disputadas respecto de la palabra estipulacion, son de toda evidencia y no admiten disputa respecto de la palabra expensilacion y de *pecunia expensa lata.*

Hay entre la estipulacion y la expensilacion, ó el antiguo contrato *litteris* de los romanos, una extraordinaria semejanza, porque tienen una filiacion comun. Esta semejanza suministrará quizá alguna luz sobre la obligacion *litteris,* que ha quedado tan oscura. Pero ántes de darla á conocer es preciso ver cómo los romanos han llegado á usar la escritura en vez de las palabras, para tener el dinero como pesado y dado por una parte ó recibido por la otra.

#### *De los registros domésticos* (tabulæ—codex), *y de las inscripciones de créditos llamadas* arcaria nomina.

En un pueblo cuyo fondo de carácter, sobre todo en su orígen, ánte de mezclarse con todas las demas naciones, fué la severidad

de costumbres, la buena administracion del patrimonio, frecuentemente hasta el extremo de la avaricia, y el espíritu jurídico hasta el culto del litigio; en un pueblo semejante llegó á ser un hábito nacional, cuando las letras se introdujeron y propagaron en él, que cada padre de familia tuviese un registro doméstico, en el que consignase exactamente, dia por dia, sus operaciones, sus rentas y sus beneficios, sus gastos y pérdidas de todas clases (1). Este registro tenía el nombre general de *tabulæ* ó de *codex*. La autoridad y la fe primitivas dieron un carácter de sancion casi religiosa y pública á estas tablas domésticas. Los autores clásicos manifiestan en muchos lugares el cuidado con que se redactaban y el crédito que merecian. «*Non conficit tabulas? imo diligentissime*», dice Ciceron hablando de Fannio Querea, en un tiempo ya de corrupcion (2); «*confecit tabulas diligentissimi Cluentius. Hæc autem res habet hoc certe ut nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere*», dice en otra parte, hablando de Cluencio (3); y en una de sus arengas contra Verres presenta como una cosa nueva é inaudita la pretension de que un ciudadano no tuviese su registro, ó que hubiese dejado de tenerlo (4).—Para redactar exactamente y con cuidado sus *tabulæ*, tomaban primero los romanos sus notas en una especie de borrador mensual, llamado *adversaria*, en que se inscribian las notas sin órden metódico, tal como se presentaban ó se ocurrian; y de allí tomaban regularmente todos los meses las noticias que debian consignarse con órden y método en las *tabulæ*. Es preciso ver en Ciceron la diferencia que en relacion é importancia habia entre los *adversaria* y los *codex* ó *tabulæ*. Son estas tablas las que el orador llama *æternæ*, *sanctæ*, *quæ perpetuæ*

---

(1) Asconio, que se dice haber sido contemporáneo de Virgilio y haber muerto en tiempo de Neron, nos indica esta costumbre en los términos siguientes: «Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitæ suæ per dies singolos scribere, ex qua appareret, quidquisque de reditibus suis, qui de arte, fœnore, lucrove spossuisset quoque die, et quid idem sumtus damnive fecisset. Sed postquam, obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, ad nostram memoriam tota hæc vetus consuetudo cessavit.» Sus *Comentarios* sobre Ciceron, *in Verrem*, actio 2, lib. I, § 23.

(2) Ciceron, *Pro Q. Roscio*, orat. 3. § 1.

(3) Ciceron, *Pro Cluentio*, § 30.

(4) Ciceron, *In Verrem*, actio 2, lib. I, § 23..... : «Habeo et istius, et patris ejus accepti tabulas omnes : quas diligentissime legi atque digessi : patris quoad vixit : tuas, quoad ais te confecisse. Nam in isto, judices, hoc novum reperietis. Audimus, aliquem tabulas numquam confecisse..... Audimus, alium non ab intio fecisse, sed ex tempore aliquo confecisse..... Hoc vero novum et ridiculum est, quod hic nobis respondit, quam ab eo tabulas postularemus : usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse, postea destitisse.»

*existimatonis fidem et religionem amplectuntur* (1). Así, miéntras que los *adversaria* carecian de autoridad y de crédito jurídicos, las *tabulæ* formaban en juicio elementos de prueba dignos de confianza (2).

Pero en todo esto no se trata más que de conservar la memoria de actos verificados ; las diversas consignaciones en las *tabulæ* no son más que instrumentos de prueba. Esta observacion, de que se inscriben en el registro todos los actos relativos al patrimonio, no debe perderse de vista, pues sirve para ilustrarnos. Si, por ejemplo, se inscriben en aquél como hechos una venta, una compra, ó bien una estipulacion ó una promesa, esta inscripcion no es más que un medio de comprobar el hecho que ha tenido lugar ; medio al que el juez, en caso de denegacion, dará el crédito conveniente. « Muestra en tus tablas ó en las de tu padre, dice Ciceron á Verres, muestra una sola estatua, un solo cuadro comprado, y doy tu causa por ganada» (3). — No sucede otra cosa con el *mutuum*. Si el padre de familia escribe en su registro con relacion á tal persona, cuyo nombre inscribe (*nomen*), que le ha dado ó que de él ha recibido en préstamo tal cantidad, esta inscripcion no es por su naturaleza diversa de las anteriores. Es un instrumento para la prueba de un hecho realizado, que hacía más ó ménos fe, segun las personas y las circunstancias. Lo que produce la obligacion no es la inscripcion en las *tabulæ*, sino la numeracion y dacion de las especies. Éste es el hecho capital, el hecho que en caso de contestacion entre las partes será preciso averiguar y acreditar. La filología viene á ilustrarnos en este punto. Todas las inscripciones de crédito, en nombre de una persona, ejecutadas en las tablas domésticas, reciben la designacion como de *nomina ;* de esto procede que, aplicando la palabra al mismo derecho de obligacion se han

(1) CICERON, *Pro Q. Roscio comœdo*, oratio 3, § 2..... «Quid est quod negligenter scribamus adversaria? Quid est quod diligenter conficiamus tabulas? Qua de causa? Quia hæc sunt menstrua, illa sunt æternæ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ; hæc parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque adversaria in judicium protulit nemo : codicem protulit, tabulas recitavit.»

(2) CICERON, al fin de la nota que precede.— Y en el mismo párrafo de la misma arenga, estas otras palabras :—«Quod si eandem vim, diligentiam, autoritatemque habent adversaria quam tabulæ, quid attinet codicem instituere? Conscribere? Ordinem conservare? Memoriæ tradere litterarum vetustatem?» — Se ve por otra parte el partido que sacaban los jueces del exámen de las tablas : «Anni sunt octo, dice Ciceron á los jueces, en su arenga por Cluencio (§ 30), anni sunt octo, quum ista causa in ista meditatione versatur, quum omnia, quæ nunc ad eam rem pertinent, et ex hujus, et ex aliorum tabulis, tractaris, inquiritis.»

(3) CICERON. *In Verrem*, act. 2, lib. I, § 33 : «Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti!»

llamado *nomina* todos los créditos. Pero las inscripciones de que aquí se trata reciben de los romanos una calificacion que expresa enérgicamente su naturaleza : *arcaria nomina*, inscripciones de crédito procedente de la caja ó arca (*arca*); de aquí, en efecto, ha procedido la suma y nacido la obligacion (1). Así Gayo tiene gran cuidado en decir que los *arcaria nomina* no son una especie de obligacion literal ; y que no sirven para formar, sino sólo para comprobar una obligacion : «*nullam facere obligationem*, *sed obligationis factæ testimonium præbere.*» De donde procede la consecuencia de que semejantes inscripciones no se hallan exclusivamente reservadas para las obligaciones de los ciudadanos romanos, que pueden aplicarse lo mismo á las de los extranjeros ; pues se produce la obligacion, no por la escritura, sino por la numeracion de las especies, lo que es de derecho de gentes (2).

### *De los* nomina *por excelencia ó* nomina transcriptitia, *y de la expensilacion.*

Pero si las dos partes, asociándonos á los primitivos principios del derecho civil, convienen, la una en tener la suma por pesada y dada (*pecunia expensa lata*), y la otra en tenerla por pesada y recibida (*accepta relata*), y en designarla como tal en las *tabulæ* y en el *codex*, entramos en un nuevo órden de ideas. Aquí va á aparecer la nocion del contrato formado por la escritura (*litteris*). Semejante conformidad, miéntras se mantenga en estado de simple convencion, no produce efecto civil; pero desde el momento que, en virtud de esta conformidad, se hace la inscripcion en el

---

(1) No participo de la opinion acreditada en Alemania, que consiste en confundir los *arcaria nomina* con los *chirographa*, y en no ver ni en unos ni en otros sino simples billetes probatorios entregados por el deudor al acreedor, y llamados *arcaria nomina*, porque se depositan en la caja (in arcis) como medio de prueba (véase á MUECHLENBRUCH, nueva edicion de las *Antigüedades* de Heinnecio, pág. 562, nota *a*). En este punto hay en mí un doble disentimiento : 1.°, la inscripcion en las *tabulæ* constituye los *nomina* en general : obligacion *litteris* en los *nomina transcriptitia* : simple prueba en los *arcaria nomina* ; — 2.°, los billetes ó escritos separados, que hoy llamaríamos hoja volante, presentan una distincion análoga : obligacion *litteris*, propia particularmente de los extranjeros, en los *syngraphæ* y en los *chirographa* ; simple prueba en las *cautiones*. Tal es el sistema que vamos á explicar.

(2) Gay. Com. 3. § 131 : «Alia causa est eorum nominum, quæ arcaria vocantur ; in his rerum, non litterarum obligatio consistit : quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniæ facit obligationem ; qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere.» — § 132 : «Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari ; quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est.»

*codex* con la fórmula establecida, produce la obligacion. La escritura en este caso no forma sólo una prueba, sino un contrato. No se menciona un hecho preexistente, el *mutuum*, cuya verdad será preciso establecer : verdadero ó falso, no es ésta la cuestion para el derecho civil. Las partes han tenido el dinero por pesado y dado la una, y por pesado y recibido la otra; parten de una ficcion, se supone realizado el *nexum*, el peso *per æs et libram* de los antiguos tiempos, y de esto se llegan á considerar como dispensados. Hecha esta suposicion, ha tenido lugar la inscripcion : la obligacion civil existe. — La inscripcion sobre las *tabulæ* tiene la denominacion de *nomen* por excelencia. De aquí se derivan las expresiones jurídicas de *expensum ferre*, *acceptum referre*, *pecunia expensa lata*, *pecunia accepta relata ;* y la de *codex accepti et expensi*. La preposicion *ex* (que indica la salida, la emision de la suma), añadiendo la palabra *pendere* ( que indica el acto de pasarla ), da la idea completa. Las expresiones *nomen facere*, *nomina facere*, parecen consagradas para indicar la creacion de esta especie de obligacion (1).

Ahora una comparacion con la estipulacion acabará de ilustrar completamente la materia. —Así como en la estipulacion hay dos partes, cada una de las cuales representa un papel distinto, un estipulante por un lado y un promitente por otro, del mismo modo en la expensilacion ó contrato *litteris* (2) hay dos partes tambien,

---

(1) CICERON. *In Verrem*, act. 2, lib. 1, § 136 : « *Nomen infimum in flagitiosa litura fecit.* » — *De officiis*, lib. 3, § 4 : «*Nomina facit.* » — SÉNECA. *De beneficiis*, lib. 2, § 23 : «*Nomina secum fieri ;* — lib. 3, § 15 : « Per tabulas plurium *nomina*, interpositis parariis, *facit.*» — Dig. 2. 14. *De pactis*. 9. fr. Paul. : «*Nomina facta sunt.*» — 33. 1. *De ann. legat.* 1. f. Pomp. «*nomine facto.* » — Las expresiones *scribere nomen*, *scribere numos*, se hallan, como testimonio de los usos sociales, hasta en los poetas. Así en las antiguas comedias de Plauto, á mediados del siglo VI de Roma : « Nunc satagit: adduxit domum etiam ultro, et scribit numos » ( PLAUTO, *Arsinaria*, act. 2, escena 4, ver. 34). — Y en las epístolas de Horacio : « Scriptos nominibus certis expendere numos » (HORACIO, *Epistol.* lib. 2, ep. 1, vers. 105). — «Scribe decem a Nerio » ( HORACIO, *Sermon.*, lib. 2, satyr. 3, v. 69 ). — Véase un pasaje de PLINIO, que no carece de importancia, en cuanto parece indicar bastante claramente que en el *codex accepti et expensi* habia una especie de redaccion en partida doble : una página para la *acceptum*, y otra para la *expensum*. El autor habla de la fortuna, invocada, llamada, acusada, alabada y adorada en todos los lugares y á cada hora : « Huic omnia *expensa*, huic omnia feruntur *accepta :* et in tota *ratione* (el libro de las cuentas ) mortalium, sola *utramque paginam* facit. » (PLINIO. *Histor. natur.* lib. 2, c. 7.)

(2) Hallamos la expresion misma de *expensi latio* en este pasaje de AULO GELIO, donde refiere un negocio en el cual era juez : « Petebatur apud me pecunia quæ dicebatur data numerataque; sed qui petebat neque *tabulis*, neque testibus id factum docebat, et argumentis admodum exilibus nitebatur..... (El demandante era un hombre probo, de excelente reputacion ; y su adversario, por el contrario, un hombre de mala fama.) «Is tamen cum suis multis patronis clamitabat, probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis : *expensi latione*, mensæ rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione. » (El juez embarazado consulta á un filósofo, que en la duda le aconseja decidirse segun la moralidad de las partes. — AULO GELIO, *Noctes atticæ*, lib. 14, c. 2.) Es preciso observar que el litigio recaia sobre un *mu-*

cada una de las cuales representa su papel : la una inscribia el *nomen* en la fórmula consagrada, y la otra daba la órden de inscribirlo. Esta necesidad de la órden, al ménos del consentimiento prévio del obligado, no admite la menor duda : la idea sola de contrato la dicta imperiosamente ; los escritos de Ciceron la acreditan más de una vez ; Valerio Máximo nos la muestra en la flaqueza de Viselio Varron, cediendo á las seducciones de una mujer (1), y Teófilo áun indica el consentimiento como debiendo expresarse con palabras especiales pronunciadas por las partes é inscriptas con el registro (2). — Pero á diferencia del contrato por palabras (*verbis*), el contrato por escritura (*litteris*) puede tener lugar entre ausentes. Así nos lo dice positivamente Gayo : «*Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit*» (3). Esto nos prueba incontestablemente que las indicaciones hechas por Teófilo no deben tomarse á la letra, y que no se exigia jurídicamente ninguna pronunciacion solemne de palabras entre las partes. — En efecto, el acreedor, en vista de la órden y consentimiento del deudor, inscribe el *nomen*, la *expensi latio* sobre las *tabulæ* ó *codex accepti et expensi ;* y vemos en Ciceron que se podia hacer esto en su tiempo, segun acomodase, sin asistencia ni de la otra parte ni de testigos ; pues podia suceder que primero tomase sólo nota de ello en un borrador mensual (*adversaria*), lo que todavía no formaba la obligacion, y que con

---

*tuum*, que el demandante pretendia haber hecho en realidad ; por consiguiente, sobre una obligacion formada *re ;* y que la cuestion para el juez se reducia á saber, no si habria habido contrato *verbis* ó *litteris*, sino si verdaderamente habia habido un préstamo efectuado : lo que admitia toda clase de prueba.

(1) CICERON. *Pro Q. Roscio comœd.* Orat. 3, § 1: « Cur potius illius, quam hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri *jussisset?* » — VALERIO MAXIMO (bajo Tiberio) : *De dictis factisque memorabilibus*, lib. 8, cap. 2: « C. Visellius Varro gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Oracilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, *expensa sibi ferri passus est.....* quos, ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. »

(2) TEÓFILO, en su paráfrasis de la Instituta en este párrafo : « Habebat autem apud veteres litterarum obligatio talem quandam definitionem : litterarum obligatio, est veteris nominis innovum creditum per solemnia verba et solemnes litteras transformatio. Nam si, cum quis mihi centum aureos deberet ex emptione, aut locatione, aut mutuo, aut stipulatione (multis enim modis aliquid nobis deberi potest) voluissem hunc mihi obligatum esse litterarum obligatione: necesse erat verba hæc dicere et scribere ad eum, quem literarum obligatione obligatum habere volebam. Sunt autem hæc verba, quæ dicebantur et scribebantur : CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? Deinde adscribantur : ut ab eo, qui jam ex locatione obligatus esse, hæc verba : EXPENSOS MIHI TULISTI. Et prior obligatio extinguebatur : novaque litterarum nascebatur. Quæ ex eo nomen habet quod in litteris consistat. » (Traduccion de Fabrot.) Tal es la nocion que nos da Teófilo del contrato *litteris;* á pesar de algunas falsas inducciones á que se presta, es curioso compararlo con el de Gayo.

(3) Gay. Com. 3. § 138.

posterioridad verificase la inscripcion en su *codex*, haciendo el reconocimiento y traslacion de sus notas, regularmente todos los meses (1).— Pero aquí se presenta la cuestion más delicada en la materia. En el contrato por palabras (*verbis*) son indispensables palabras por una y otra parte : el estipulante habla, el promitente habla ; lo mismo sucede en el contrato por escritura (*litteris*); ¿no es indispensable la escritura por una y otra parte? ¿No se necesita, para el cumplimiento solemne y para la existencia misma del contrato, que el acreedor escriba en su registro (*expensum ferre*), y que el deudor escriba en el suyo (*acceptum referre*)? La analogía sola parece un argumento poderoso para decidirlo así : se podria deducirlo igualmente de un párrafo de Gayo, quien comparando precisamente la *obligatio verbis* y la *obligatio litteris*, parece exigir, para la existencia tanto de la una cuanto de la otra obligacion, la necesidad de dos actos recíprocos de las partes : « *Quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promitat; et in nominibus, alius expensum ferendo obliget, alius* (referendo) *obligetur* » (2).

Lo cierto es que para el deudor era un deber inscribir en su registro como recibida (*accepta relata*) la suma para la que habia autorizado al acreedor, á fin de que la escribiese en el suyo como pesada y dada (*expensa lata*) : la denominacion del registro, *codex accepti et expensi*, es indicio suficiente de ello ; y segun Ciceron, no escribir lo uno (lo *acceptum*), ó escribir falsamente lo otro (lo *expensum*), son dos actos de improbidad igualmente vergonzosos: « *Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur; sic improbum est non referre quod debeas* » (3). En fin, la necesidad bien reconocida, en caso de contestacion entre las partes, de presentar

(1) CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo*, arguyendo contra la existencia ó la sinceridad de un *nomen*, cuya mencion se ha olvidado (*jacet*) hace tres años en las notas mensuales (*in adversariis*): Orat. 3, § 3 : « Quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti ?..... sunt duo menses jam dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid si tandem amplius triennio est? quomodo, quum omnes qui tabulas conficiant, menstrua pene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere pateris? Utrum cætera nomina in codicem accepti et expensi digesta habens, an non? Si non, quomodo tabulas conficis? Si etiam, quamobrem, quum cætera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum in adversariis relinquebas ?

(2) Gay. Com. 3. § 137. La palabra *referendo* sólo está aquí por conjetura ; la que tiene el manuscrito era ilegible.

(3) CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo.* Orat. 3. § 1.

cada registro y confrontarlos, suministra un nuevo argumento (1). Pero el más concluyente en la cuestion es siempre éste : para el contrato *verbis*, cada cual debe hablar; luégo para el contrato *litteris*, cada cual debe escribir.—Sin embargo, creo poder decidirme con toda conviccion por la negativa. En mi opinion, sin duda la inscripcion del *nomen* en el registro del deudor regularmente debe tener lugar ; pero no es una condicion esencial y sacramental para la existencia de la obligacion, sin lo cual el proceso civil se limitaria á la confrontacion de los dos registros : faltando la inscripcion en el del deudor, todo es ya concluido. Faltando esta inscripcion, nunca habria nacido la obligacion, como tampoco en una estipulacion faltando la respuesta : ya no habria que litigar en este punto. Mas vemos que no sucedia así. En realidad sólo dos héchos constituian la esencia de la obligacion *litteris*, á saber : la inscripcion de la suma con la fórmula consagrada, como *expensa lata*, en el registro del acreedor ; y ademas el consentimiento ú órden del deudor para esta inscripcion. El que se supone acreedor *litteris* tenía que probar estos dos hechos. El primero, materialmente por la exhibicion de sus *tabulæ* que contuviesen la inscripcion ; el segundo, por todos los medios posibles de acreditar que ésta se habia hecho de consentimiento ó en virtud de órden del deudor; de la misma manera que en la estipulacion se deja á cargo suyo probar por todos los medios posibles que él ha interrogado y que el otro ha respondido (2).— Presentar por testimonio su solo registro habria sido una imprudencia, nos dice Ciceron; presentar sus solas notas mensuales, demencia , porque aquí áun no se hallaba cumplida la solemnidad, esencia de la inscripcion (3). El medio de prueba regular y ordinario era la conformidad de los dos registros : medio absolutamente en el espíritu de este género de con-

(1) Se puede ver todavía un vestigio de esta obligacion de llevar registros en el Digesto de Justiniano, en todo el título *De edendo*, lib. 2, tít. 13.

(2) CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3 , § 3 : « Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo præsente? quis spopondisse me dicit? Nemo. » —No era para probar este consentimiento del deudor á la expensilacion para lo que se hacian intervenir algunas veces aquellos testigos, aquellos agentes intermedios (*pararii*) de que nos habla Séneca cuando, deplorando el poco crédito que se da á la buena fe, y las precauciones de que todos se rodean en los negocios, dice : « Cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes. — Ille *per tabulas*, plurium *nomina interpositsi parariis, facit* : ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit? » ( SÉNECA. *De beneficiis*, lib. 3, § 15 ). — Y en otra parte, hablando de los que no quieren recibir sino en secreto, sin dar seguridades : « Quidam nolunt *nomina secum fieri ; nec interponi pararios*, nec signatores advocari, nec chirographum dare » (Ibid. lib. 2, § 23).

(3) CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3, § 2. — « Suum codicem testis loco recitare, arrogantiæ est : suarum prescriptionum et liturarum adversaria proferre, non amentia est?

trato, cuya utilidad debia ser evitar la necesidad de cualquiera otra prueba. Véase por qué el no verificar la inscripcion en su registro era por parte del deudor un acto de improbidad. Pero si no habia conformidad entre los dos registros, ¿cuál mereceria crédito? ¿Por qué, dice Ciceron, ántes éste que aquél? (1). Entónces hay duda y se trata de comprobar si la inscripcion que se halla en el *Codex* del supuesto acreedor se ha hecho con consentimiento ó sin consentimiento del supuesto deudor. Pero en definitiva, y esta observacion que nos sugiere Ciceron es decisiva, serán condenadas las tablas infieles : las del deudor, si no ha extendido en su registro el *nomen* que ha autorizado al acreedor á inscribir en el suyo; ó las del supuesto acreedor, si falsamente ha inscripto un *nomen*, sin autorizacion de aquél á quien lo atribuyen (2). Es decir, que la falta de inscripcion en el registro del deudor no impide que la obligacion exista, y que la inscripcion sin órden del deudor en el registro del que se supone acreedor no la produce (3).

Despues de haber agotado cuanto se refiere á la forma del contrato *litteris*, llegamos á lo que constituye su fondo y á sus efectos. La expensilacion ha permanecido, mucho más que la estipulacion, en la senda estricta de su orígen comun, en las reglas precisas del *mutuum*, de este *mutuum* primitivo, en el cual se media el metal *per æs et libram*, y de que ella sólo era una suposicion sacramental. Así, miéntras que la estipulacion, como vestigio de las palabras que formaban la ley de una mancipacion, se extendió á toda especie de pactos, la expensilacion ha permanecido limitada á las obligaciones de cantidades ciertas, de sumas de dinero (*pecunia certa*); no puede tener otro objeto.—Miéntras que la es-

(1) CICERON, ibid. § 1: «Expecto, quam mox Chærea hac oratione utatur: Egone hanc manum plenam perfidiæ, et hos digitos meos impellere potui, ut falsum prescriberent nomen? Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius: erit in illius tabulis hoc nomen; at in hujus non erit. Cur potius illius, quam hujus, credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset?

(2) CICERON, ibid. § 1: «Æque enim tabulæ condemnantur: ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum perscripsit.»

(3) Esto lo confirma tambien un pasaje de una Verrina de Ciceron, acusando á Verres de sus infidelidades con su pupilo, donde se ve que los jueces deberán apreciar los recargos y cosas borradas (*lituræ*) que existan en los *nomina*, tanto en haber como en deber, y que pueden acreditar su misma falsedad. «Deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit: expensa Chrysogono Servo H. S. sexcenta millia accepta pupillo Malleoli retulit. Quomodo ex decies H. S. sexcenta sint facta; quomodo D. C. eodem modo quadrarint, ut illa de Cn. Carbonis pecunia reliqua H. S. sexcenta facta sint; quomodo Chrysogono expensa lata sint; cur id nomen infimum, in lituraque sit, vos existimabitis. Tamen H. S. sexcenta millia quum accepta retulisset, H. S. quinque millia soluta non sunt.» (CICERON. *In Verrem*, actio 2, lib. 1, § 36.)

tipulacion ha podido ser modificada por condiciones diversas, la expensilacion ha permanecido sin ser susceptible de hacerse bajo condicion, pues se reduce á la suposicion de un acto de pesar, y de un *mutuum*, que se reputan por realizados. Esto es lo que nos enseñan los fragmentos del Vaticano : «*Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur*» (1).—En fin, bajo el aspecto de la causa que puede producir y justificar la expensilacion, hay que hacer una comparacion curiosa é instructiva con lo que ya hemos dicho con este mismo objeto de la estipulacion. Regularmente la promesa, en el contrato verbal, interviene por consecuencia de algun hecho preexistente que la motiva, de algun compromiso anterior que deba cumplirse, ó de algun sentimiento de liberalidad ; lo mismo absolutamente sucede con la expensilacion. Porque yo os debo por efecto de una venta, de un arrendamiento, de un préstamo, de un perjuicio causado, ó por cualquier otro motivo, ó bien porque quiero ofreceros una muestra de liberalidad, os autorizo para inscribir á mi cargo en vuestro registro tal suma como *expensa*. ¿(Esta nueva obligacion contraido *litteris*, verifica una novacion de la antigua? Sin duda, si existiese una obligacion anterior, á que de esta manera se satisfaciese, cuya obligacion quedase extinguida y reemplazada por la obligacion precisa de una suma cierta (*certæ pecuniæ*), resultado de la expensilacion. Pero es preciso aplicar aquí lo que hemos visto que de la estipulacion dicen Ulpiano y Pomponio : si el contrato *litteris* interviene inmediatamente, á continuacion de un *mutuum*, los dos actos forman uno solo, y entónces no hay novacion (2). Lo mismo sucede cuando la expensilacion es consentida por pura liberalidad (3). — Hasta aquí el contrato *litteris* no se diferencia del contrato verbal. Pero la estipulacion puede intervenir tambien por consecuencia de una causa futura, de un compromiso para lo futuro que el estipulante ha contraido ó contraerá por su parte. ¿Sucede lo mismo con la expensilacion? Todo nos autoriza á decidir que no era tal su destino ; precisamente por la misma razon que le impedia poder hacerse condicionalmen-

(1) Vaticana Jur. Rom. Frag. § 329.—Añádase Dig. 50, 17. *De regul. juris.* 77. fr. Papin.

(2) Dig. 46. 2. *De novat.* 6. § 1 f. Ulp.; 7. f. Pomp. — 45. 1. *De verbor. oblig.* 126. § 2. f. Paul.: «Quoties pecuniam mutuam dantes, eam stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum.»

(3) Como en el ejemplo citado por Valerio Máximo.

te: porque era la suposicion de un acto de pesar y de un *mutuum*, tenidos por realizados, y respecto de ella se permanecia estrictamente en esta idea.—Pero, en fin, si de hecho el contrato *litteris* ha tenido lugar con regularidad en cuanto á la forma y en cuanto al consentimiento, pero sin causa que lo justifique, ó fundándose en una causa falsa, ¿qué sucederá? Lo mismo que en la estipulacion. Las palabras han sido pronunciadas en un caso; la escritura consagrada ha tenido lugar en el otro: ¿en qué ocasion? El derecho estricto no se ocupa en esto; las palabras y la escritura prescritas forman para él la *causa* que liga á las partes: la obligacion civil existe. Sin embargo, la jurisprudencia y el derecho pretoriano se presentarán aquí, como en el caso de la estipulacion, á remediar, por medio de la excepcion de dolo, la iniquidad de este rigor civil. Así, despues de haber referido el subterfugio, por medio del cual Pitio, banquero de Siracusa, hace comprar sus jardines por el caballero romano Canio; despues de haber presentado al comprador con deseos de adquirirlos, consintiendo en cualquier precio que fuese, y ligándose por obligaciones literales (*nomina facit*), lo que transforma el vínculo de la venta, que será de derecho de gentes y de buena fe, en un vínculo de estricto derecho civil, se lamenta Ciceron de que todavía en esta época no hubiese su colega Aquilio expedido las fórmulas contra el dolo (1).—Para terminar esta comparacion entre la expensilacion y la estipulacion no queda ya más que hablar de la accion; en los dos casos es la *condictio*, lo mismo que para el *mutuum*, debiendo observarse, sin embargo, que permaneciendo aquí todavía la expensilacion más fiel que la estipulacion á la idea primitiva, continuando en no ser más que la suposicion de un *mutuum* tenido por realizado, y no pudiendo, por consiguiente, aplicarse sino á cantidades ciertas (*certa pecunia*), jamas da lugar, lo mismo que el *mutuum*, sino á una *condictio certi* (2).

(1) CICERON. *De officis*, lib. 8, § 14.—«Emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit, et emit instructos, *nomina facit*, negotium conficit..... nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.»—Se puede ver tambien en las cartas de Ciceron á Atico, los *nomina* hechos por consecuencia de la vergonzosa é increible convencion de intriga leida en pleno Senado, por la cual dos competidores al consulado prometian 400.000 sextercios á los cónsules salientes, para llegar á reemplazarlos por medio de actos supuestos y de testimonios falsos. «Hæc pactio non verbis, *sed nominibus* et prescriptionibus, multorum tabulis, cum esse facta dicetur, prolata á Memmio est, *nominibus inductis*, auctore Pompeio.» (CICERON. *Ad Alticum*, libro 4, epistola 18).

(2) Dig. 12. 1. *De rebus creditis*, 9. f. Ulp.: «*Certi condictio competit ex omni obligatione, ex qua*

Así la analogía es completa, y el encadenamiento sucesivo que liga entre sí á estas tres instituciones singulares nos descubre la naturaleza de ellas. Vemos de qué manera el *nexum*, el acto de pesar el metal *per æs et libram* (posteriormente el simple *mutuum*), producen por el tránsito de la solemnidad material á las palabras, despues á la escritura; primero, la estipulacion (*pecunia stipu-lata* de una parte,—*sponsa* de la otra); en seguida la expensilacion (*pecunia expensa-lata* de una parte,—*accepta relata* de la otra); y como esta última queda más estrictamente comprendida en las condiciones de su primer orígen, miéntras que la estipulacion recibe más extension. — Comprendemos desde entónces lo que significa esta frase de Ciceron : que desde el momento que se trata de una suma cierta (*certa pecunia*), pedida en virtud de un contrato, por una accion de derecho estricto, es preciso absolutamente que esta suma haya sido ó *data* ó *stipulata*, ó *expensa lata*, es decir, que haya habido contrato civil ó *re*, ó *verbis*, ó *litteris* (1).

Comprendemos igualmente los pormenores que nos da Gayo, cuando nos dice que el contrato *litteris*, tal como existia todavía en aquella época en que tenía la denominacion especial de *nomen transcriptitium*, tenía lugàr de dos maneras; ya *a re in personam*, cuando lo que tú me debes por compra, arrendamiento, sociedad, ó por cualquier otro motivo preexistente, lo anoto por órden tuya en mi registro, y á cargo tuyo, como *expensum;* por manera que la primera obligacion se halla extinguida y reemplazada por la nueva, formada *litteris :* ya *a persona in personam*, cuando lo que Ticio me debe lo anoto, por órden tuya, á tu cargo, en mi registro, como *expensum*, habiéndote Ticio delegado como deudor mio en su lugar : de tal manera que la obligacion de Ticio se halla extinguida y reemplazada por la que tú has contraido *litteris*. Estas nociones, que nos daban ya, aunque de un modo muy sumario, el compendio de Gayo en el *Breviario de Alarico*, y la pará-

---

*certum petitur.*»—Precisamente con ocasion de los *nomina* hace Ciceron una comparacion tan conocida entre el *judex* y el *arbiter*, entre la accion del derecho estricto (*cum certum petimus*) y la accion de buena fe. CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3, § 4.

(1) CICERON. *Pro Q. Roscio comœdo*, orat. 3, § 4.: « Annumerasse sese negat (es el *mutuum*); expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: præterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.»— Y en el § 5, con más precision todavía : «Pecunia petita est certa..... Hæc pecunia necesse est, aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur : expensam latam non esse, codices Fannii confirmant : stipulatam non esse, taciturnas testium concedit.»

frasis de Teófilo, no son más que una aplicacion de los principios que acabamos de exponer acerca de la causa que puede producir y justificar la obligacion *litteris;* y se esclarecen completamente por los mismos principios (1).

El nombre de *nomen transcriptitium*, dado en aquella época á las mencionadas especies de créditos, procede sin duda de que la mencion solemne de ellos se transcribia del borrador (*adversaria*) al registro doméstico (*codex*). Otros ven el orígen de esta denominacion en la novacion que esta especie de crédito verifica casi siempre, segun las expresiones mismas de Gayo : «a re in personam *transcriptio fit;* a persona in personam *transcriptio fit.*»

Sin embargo, el uso de las tablas domésticas cayó en desuso. Miéntras que Ciceron consideraba en su tiempo como cosa nueva é inaudita que descuidase tenerlas un ciudadano. Asconio, que murió bajo el imperio de Neron, nos dice que esta vieja costumbre habia cesado completamente. No se quiere ya consignar en un registro todos los actos de su vida, y hacerse condenar por el testimonio de sus propias escrituras (2).—Sin embargo, si los registros domésticos han dejado de existir de la manera que los llevaban los antiguos, es decir, consignando enteramente todos los actos relativos al patrimonio, su uso, limitado á la inscripcion de los *nomina transcriptitia*, ú obligaciones formadas *litteris*, ha debido conservarse más largo tiempo, pues subsistia todavía en tiempo de Gayo, es decir, bajo el imperio de Antonino Pío y de Marco Aurelio.—Todavía posteriormente hallamos la indicacion de la obligacion *litteris* en el Código Teodosiano, donde se descubre en una constitucion de Arcadio Honorio y Teodosio (3); pero aquí no se aplica ya más á los *nomina transcriptitia*.—Los *argentarii* (ó

---

(1) Gay. Com. 3. § 128 : «Litteris obligatio fit veluti in *nominibus transcriptitiis*. Fit autem *nomen transcriptitium* duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam.—§ 129. (*a re in personam*) transcriptio fit, veluti si id, quod (*modo*) ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.—§ 130. *A persona in personam* transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.»—Ya leemos en el *Epitome* de Gayo, segun el *Breviario de Alarico:* «Litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam» (lib. 2, tit. 9, § 12).—En cuanto á la paráfrasis de Teófilo acerca de nuestro titulo, véase página 274, nota 2.

(2) Asconius, *In Verrem*, act. 2, lib. 1, § 23 : «Sed postquam, obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, tota hæc vetus consuetudo cessavit.»

(3) Código Teodos. 2. 4. *De denuntiatione vel edictione rescripti*, 6. const. de Arcad., Honor. y Theod. : «Si quis debiti quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, traslatum est.» Se ve que no se nos trata aqui de *pecunia expensa lata* ni de *codex accepti et expensi*, sino simplemente de un escrito (*cautio*). Es sin duda el *chirographum* ó los *synpraphæ* de que hablarémos en breve.

*mensularii, nummarii*), es decir, los banqueros, fueron los últimos entre quienes se conservó el uso, cada vez más alterado, de estos *nomina* (1). Con ocasion de ellos áun se descubren todavía algunos vestigios en el Digesto de Justiniano (2). Pero en realidad bajo este Emperador hacía ya mucho tiempo que no existia semejante institucion : « *Quæ nomina hodie non sunt in usu* », dice nuestro texto.

## *De los* chirographa, *de los* syngraphæ, *y de las* cauciones.

La expensilacion, lo mismo que la estipulacion, era en su orígen una forma civil de obligarse, reservada, por consiguiente, á los solos ciudadanos romanos. Con todo, las relaciones establecidas y extendidas cada vez más con los *peregrini* modificaron en este punto las ideas. Hemos visto cómo, con el auxilio de una variacion de fórmula, la obligacion *verbis* habia sido extendida á los extranjeros; ¿se hizo cosa semejante para la obligacion *litteris?* El manuscrito de Gayo no revela á este propósito una disidencia notable entre los Sabinianos y los Proculeyanos. Estos, segun opinin de Nerva, se atenian al derecho civil, y declaraban el *nomen*

(1) El uso de los *argentarii*, establecido regularmente en el forum, de sus relaciones de negocios con los ciudadanos, de su libro de cuentas y de las inscripciones que en ellos hacian en debe y en haber, son cosas muy antiguas en la vida social de los romanos, pues la hallamos mencionada en las comedias de Plauto, que nos pinta su mostrador (*mensa*) rodeado de cortesanos y gastadores :

« Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis
» Referre habere, nisi pro tabulis, nescio,
» Ubi æra prescribantur usuraria.
» Accipiat illico expensa, neque censeat. »

(PLAUTO, *Truculentus*, act. 1, escena 5, v. 51.)—La traduccion de estos cuatro versos, hecha por literatos, es cosa curiosa y digna de ver.

Y posteriormente en las de Terencio :

*Dem.* « Sed transi, sodes, ad forum, atque illud mihi
» Argentum rursum jube rescribi, Phormio.
*Phorm.* » Quod ne ego perscripsi porro illis quibus debui ? »

(TERENCIO, *Phormio*, act. 5, escena 8, v. 89.)

(2) Dig. 2. 14. *De pactis*, 9. fr. Paul. : « Plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii quorum *nomina* simul *facta sunt*. »—Ib. en el fragmento 47. § 1. de Scevola, á propósito de un *mensularius:* « *ratio accepti atque expensi* »;—4. 8. *De receptis qui arbitrium receperunt.*— 34. fr. de Paul. : « Idem in duobus argentariis, quorum *nomina* simul erunt. »—Véase tambien el título *De edendo* (2. 13.) en cuanto á lo que concierne á las *tabulæ*, *codex* ó *rationes argentarii*.—Véase tambien un fragmento de Pomponio, en que se ha dejado al lado de la estipulacion la mencion de los antiguos *nomina*, aunque ya no existiesen : Dig. 33. 1. *De ann. legat.* 1. fr. de Pomp. « Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petatur, dari debet : sicut ex stipulatu aut *nomine facto* petatur. »

*transcriptitium* inaplicable en todos los casos á las obligaciones de los extranjeros. Sabino y Casio, por el contrario, pensaban que podia usarse con relacion á ellos, cuando sólo se tratase de trasladar su obligacion de una causa preexistente á una obligacion literal (*a re in personam*), pero no de una persona á otra (*a persona in personam*) (1).

Pero mucho ántes de la existencia de estas dos escuelas, en tiempo en que la obligacion *litteris*, producida por la expensilacion en los registros domésticos, se hallaba todavía exclusiva y severamente reservada á los ciudadanos, se habia admitido para los extranjeros otra forma de obligacion por escrito : los *chirographa* y los *syngraphæ* (2).—Asconio nos indica entre el *chirographum* y el *syngraphus* esta diferencia : que la primera denominacion se aplicaba al escrito nacido únicamente de mano de la persona obligada, y la segunda á los escritos formados por diferentes partes y entregados á cada una de ellas en ejemplares diferentes (3).—¿Cuáles debian ser la forma y el contenido de semejantes escritos? Esto no lo sabemos de un modo preciso. Gayo parece sólo indicar una cosa como necesaria : la declaracion escrita del que quiere obligarse, declaracion de que debe tanto, que dará tanto : «*Si quis debere se, aut daturum se scribat*» (4).

Por lo demas, podrémos tomar de Plauto, revestido con la forma chistosa de la sátira cómica, un modelo de *syngraphæ*, con las leyes (*leges*) que en este punto se imponian á las partes (5); y en el Digesto de Justiniano hallamos, como en los fragmentos de Scévola y de Modestino, dos ejemplos de *chirographa* (6).—El

---

(1) Gay. Com. 3. § 133.

(2) *Chirographum* ó *Chirographus*, de las dos maneras.—*Singrapha* ó *syngraphus*, de las dos maneras en singular; y en el plural sólo *syngraphæ*.

(3) Asconius. *Ad Ciceron. in Verr.*, act. 2, lib. 1, § 36 : «Chirographa ab una parte servari solent; syngraphæ signatæ utriusque manu, utrique parti servandæ traduntur.» (Véase *General. del der. rom.*, n. 61. p. 99).

(4) Gay. Com. 3. § 134. «Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis; id est, si quis debere se, aut datorum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.»

(5) Plauto : *Asinaria*, act. 4, escena 1, v. 1 y sig.

*Diabolus.* «Agedum, istum ostende quem conscripsisti syngraphum.»

Y despues que el parásito ha leido su gracioso proyecto :

«.....Pulcre scripsisti! scitum syngraphum!
»Placent profecto leges.»

(6) El primer ejemplo, tomado de Scévola, es una carta (*epistola*) de un banquero que el jurisconsulto califica expresamente de *chirographum:* Dig. 2. 14. *De pactis*. 47. § 1. fr. de Scév.—

carácter de estos escritos, áun en nuestros dias, y despues de las indicaciones que suministra el manuscrito de Gayo, es todavía cosa disputada. ¿Constituian por sí mismos una forma particular de obligacion, ó sólo eran instrumentos, y medios de prueba del hecho obligatorio? Esta última opinion se halla bastante generalmente admitida entre los escritores alemanes. La otra, sin embargo, me parece la más fundada. Gayo no se explica, en verdad, respecto de estas especies de escritos como respecto de los *nomina transcriptitia:* no dice «*litterarum obligatio fit*»; sino que dice solamente «*fieri videtur*»; pero esto procede de que en efecto no se encuentra aquí la verdadera obligacion *litteris*, del puro derecho civil de los romanos; es sólo una especie de obligacion admitida por asimilacion para las relaciones con los extranjeros. Sólo despues de haber explicado tan esmerada y formalmente de qué manera los *arcaria nomina* no forman obligacion, pero prestan sólo testimonio de ello, habla Gayo de los *chirographa* y de los *syngraphæ*, como de un modo ó forma de obligacion. Ademas, esta restriccion que le pone : «*Ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat*», es bien significativa. «Con tal que no haya habido estipulacion», pues los *syngraphæ* y los *chirographa* no son simples actos probatorios, pues en otro caso servirian para probar la estipulacion lo mismo que cualquier otro contrato. Pero tienen por sí mismos modos de contraer obligacion; así, aunque no haya intervenido ninguna estipulacion, y por consiguiente no haya obligacion verbal, se queda ligado por este escrito.—Los *syngraphæ* tienen una apariencia más antigua que los *chirographa*, y son los que se hallan mencionados en los autores antiguos : en Plauto, en tiempo de la segunda guerra púnica (1); un siglo despues en Ciceron, que habla siempre de ellos con ocasion de las relaciones de negocios entre los ciudadanos y los habitantes de las provincias (2); y su

---

Véase el segundo en el Dig. 22. 1. *De usuris*. 41. § 2. fr. de Modest. : «Ab Aulo Agerio Gaius Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo : *ille scripsit me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem* : *quos ei reddam kalendis illis proximis*, *cum suis usuris placitis inter nos*. Quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, et quæ ? Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse.»—No es inútil para nuestro objeto hacer observar que la decision sería semejante para el caso de estipulacion. Ibid. 31. fr. de Ulp.

(1) Las comedias de Plauto corresponden á los años 548 y sig. de Roma. (210 y sig. ant. J. C.).

(2) CICERON. *De legibus*, lib. 3, § 8, hablando de los que sólo toman cargos en las provincias para hacer en ellas sus negocios, y no los de la república, dice : «Jam illud apertum profecto est, nihil esse turpius, quam quemquam legari nisi Reipublicæ causa. Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint ; qui, legatione, hereditates aut *syngraphas suas* persequuntur.» Tambien en otra parte : «Malleolus in provinciam sic copiose profectus erat, ut domi prorsus nihil relinqueret : præ-

carácter obligatorio aparece enérgicamente en esta interpelacion del orador, pintando la incertidumbre de las elecciones, las agitaciones y las tempestades populares de los comicios : «Pergitisne vos, tanquam ex *syngrapha* agere cum populo, ut quem locum semel honoris cuipiam dederit, eumdem reliquis honoribus debeat?» (1). Pero si los *singraphæ* parecen pertenecer á la antigüedad más que los *chirographa*, desaparecen tambien aquéllos y ya no se vuelve á descubrir su nombre en el cuerpo del derecho de Justiniano, miéntras que el de *chirographa* se encuentra en él frecuentemente.—El *chirographum*, en efecto, se descubre en los tiempos más recientes : en ellos llega á modificar su naturaleza, á transformarse, y á realizar una fusion con lo que queda en el derecho de Justiniano de las obligaciones contraidas *litteris*. Esta transformacion es verdaderamente el punto más oscuro y ménos comprensible en esta materia. Trataremos de explicarla. Pero tenemos que en tiempo de Gayo, segun testimonio de este jurisconsulto, los *chirographa* y los *syngraphæ* obraban de una manera análoga precisamente á la estipulacion y á la expensilacion : no acreditaban una obligacion preexistente, como, por ejemplo, una obligacion procedente de una venta, de un arrendamiento, de un delito, ó de cualquier otra causa, á fin de poder probar su existencia y ejercitar las acciones procedentes de tales actos; por el contrario, extinguian esta primera obligacion con sus acciones, verificaban una novacion de ella, y la reemplazaban con la obligacion *litteris*. Era la obligacion literal puesta al alcance de los *extranjeros*.

Es menester distinguir con cuidado de estos escritos todos aquellos que eran sólo instrumentos probatorios, bajo las diferentes calificaciones de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula:* todos los escritos de que ha dicho Gayo : «*Fiunt, ut quod actum est pereas facilius probari possit*» (2) ; y Constantino : «*Eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*» (3). Siendo estas especies de escritos ó escrituras una seguridad que

---

terea pecunias occuparat apud populos, et *syngraphas* fecerat.» (*In Verrem*, act. 2, lib. 1, § 36).—En efecto, es la obligacion *litteris* de los extranjeros. «Quod *genus obligationis proprium peregrinorum est*», dice Gayo. Pero se ve que en ella figuran los ciudadanos romanos.—En cuanto á los *chirographa* pueden verse indicados en los pasajes que hemos citado de SÉNECA y de AULO GELIO.

(1) CICERON, *Pro Murena*, § 17.

(2) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum*; 4. f. Gay.

(3) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. de Justinian.

toman las partes interesadas para poder hacer la prueba de los hechos, pueden aplicárseles, y se les aplican frecuentemente, las expresiones generales de derecho romano *cavere* y *cautio*. En efecto, hallamos estas expresiones usadas por los jurisconsultos para designar la escritura probatoria en diversos contratos; por ejemplo, el depósito, la venta, la estipulacion, la fideyusion, y frecuentemente tambien el instrumento de saldo ó finiquito destinado á acreditar el pago (1).—Pero *cautio* designa más especialmente la promesa escrita de pagar una suma determinada de dinero (*certa pecunia*), en la mayor parte de los casos, como consecuencia de un *mutuum* ya hecho ó que se ha de hacer. En este sentido, la palabra general *cautio* se particulariza en su significacion, y se asemeja de tal modo á la de *chirographum*, que nos parece que llega á ser sinónima de ella. Ya en el lenguaje de los jurisconsultos romanos las dos palabras se confundian á veces (2). Una constitucion imperial de Alejandro Severo califica de obligacion la *cautio* (3). En fin, en tiempo de Arcadio, Honorio y Teodosio se nos presenta por estos príncipes como medio de formar la obligacion *litterarum* (4). El *codex accepti et expensi* y los *nomina*, tanto *arcaria* cuanto *transcriptitia*, han caido en desuso. Los mismos *syngraphæ*, aunque proceden del derecho de gentes, no aparecen ya. Los *chirographa* se presentan todavía algunas veces en su deno-

---

(1) Para el *depósito* véanse tres ejemplos de semejantes escritos: Dig. 16. 3. *Depositi*; 24 f. Papin; 26. § 1. f. Scev. «L. Titius ita *cavit*, *habeo apud me titulo depositi*»; y § 2. «epistola *cavit*».... etc., etc.—*En materia de venta*, Dig. 18. 2. *De lege commis*. 2. fr de Pomp..... etc.—*En materia de estipulacion*: Dig. 45. 1. *De verb. oblig*. 121. pr. fr. de Papin. «ex ea parte *cautionis*»: y 134. § 2. fr. de Paul: litteris suis præstatorum se *caverit* pecuniam.—45. 2. *De duob. reis* 11. §§ 1 y 2. f. Papin.: «cum ita *cautum* inveniretur.»—Cod. 8. 38. *De contrah. stipul*. 1. const. de Sever. y Anton. «Licet. epistolæ..... additum non sit stipulatum esse eum cui *Cavebatur*.»—*Para fideyusion*: Cod. 8. 41. *De fidejus*. 27. const. de Justinian. «*Cautionem* faciat ostendens se fidejussorem extitisse», etc., etc.—*Para el finiquito*: Dig. 46. 3. *De solution*. 5. § 3. f. de Ulp. «si quis *caverit* debitori: in sortem et in usuras se accipere.»—Dig. 22. 3. *De probation*. 15. f. Modest.: «Fideicommisa solvit, *cautionem* accepit.»—Cod. 8. 43. *De solution*. 6. const. de Gordian: «Universum se recepisse *cavit*», etc., etc.

(2) Dig. 13. 6. *Commodat*. 5. § 8. f. de Ulp. «Si tibi codicem commodavero, et in eum *chirographum* debitorem tuum *cavere* feceris.»

(3) Cod. 30. 4. *De non numerat. pecun*. 7. const. de Alejand. «Si quasi accepturus mutuam pecuniam adversario *cavitis*: quæ numerata non est, per conditionem *obligationem* repetere..... potestis.»

(4) Cod. Teod., lib. 2, tít. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*. 6. const. de Arcad., Honor, y Teod. «Si quis debiti quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in *litterarum obligationem*, facta *cautione*, traslatum est.»—Es precisamente lo que Gayo nos dice del antiguo contrato *litteris*: la traslacion ó conversion de una obligacion primitiva en una obligacion literal.—Añádase el lib. 2, tít. 27. *Si certum petatur de chirographis* en el mismo código.

minacion, hasta en el cuerpo del derecho de Justiniano; pero tienen por palabra sinónima la *cautio*, entendida como promesa escrita de pagarnos una cantidad determinada, las más veces por causa de *mutuum*. *Cautio* es verdaderamente la denominacion reconocida y casi siempre usada (1). Pero ¿cuáles eran los efectos del *chirographum*, así transformado, ó de la *cautio* su sinónima? Esto es lo que importa adivinar. Más de una vez se ha ridiculizado á Justiniano con motivo de su obligacion *litterarum*, imaginada, segun se dice, por él, en honra de la antigua division de los contratos. Fácil será convencernos de que los redactores de la Institucion de Justiniano no inventaron nada; y que lo que verdaderamente hicieron fué tomar el contrato *litteris*, tal como en sus transformaciones habia llegado hasta ellos, tal como en su tiempo existia en la sociedad y en la práctica de los negocios. Ya Teófilo nos lo decia en estos términos: «*Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in communi vita versari quandam litterarum obligationem, sed quæ aliam formam aliamque figuram habeat*» (2). Algunas explicaciones acerca de nuestro párrafo nos lo van á demostrar.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane *si quis debere se scripserit* quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et eo ea nascitur condictio, *cessante scilicet verborum obligatione*. Multum

Se contraia en otro tiempo una obligacion, que se decia formada *nominibus*. Estos *nomina* no están hoy en uso. Pero si alguno ha declarado por escrito *deber una suma* que no ha recibido, ya no puede, despues de transcurrido un largo tiempo, oponer la excepcion tomada de la falta de entrega ó numeracion; así lo han decidido frecuentemente las constituciones. Pero esto sucede hoy que, no pudiendo uno quejarse, la escritura le obliga y da orígen á una condicion á *falta, bien entendido*,

(1) Véanse algunas citas que presentan la palabra *chirographum* en el cuerpo de derecho de Justiniano. Primero en los fragmentos de los jurisconsultos: Dig. 22. 3. *De probation.* 24. f. Modest. «Chirographum cancillatum»; y 31 f. Scev.—44. 4. *De doli except.* 17. pr. f. Scev.—Véanse ademas los fragmentos de los dos mismos jurisconsultos citados, p. 311, n. 5.—Despues en las constituciones imperiales: Cod. 30. 4. *De non numer. pecun.* 5. const. de Alejand. Sever.—8. 43. *De solution.* 14. «Chirographum acceptæ pecuniæ», 15, 18, 22 y 25. «Chirographum condicere»; todas constituciones de Diocl y Maxim.—En cuanto á la palabra *cautio*, usada en el sentido indicado: Dig. 2. 14. *De pactis.* 2. § 1. f. Paul.—13. 5. *De constit.* 24. f. Marcel.—22. 3. *De probation.* 25 § 4. fragmento de Paul, casi reproducido en una constitucion de Justin. Cod. 30. 4. *De non numerat. pecun.* 13.—En el código de Hermogeniano, en el tit. *De cauta et non numerata pecunia*, en una constitucion de Marco Aurelio.—En fin, en el código de Justiniano, todo el tit. 30. 4. *De non numerat. pecun.*, desde la const. 1, de Severo y de Antonino, hasta la última de Justiniano.

(2) Paráfrasis de Teófilo, *hic*.

autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitam defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra bienni metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

*de obligacion por palabras.* El largo tiempo fijado por plazo á esta excepcion se extendia, segun las constituciones imperiales anteriores á nuestro tiempo, hasta cinco años. Pero para que los acreedores no se hallen por más largo tiempo expuestos á la pérdida fraudulenta de su dinero, hemos, por nuestra constitucion, reducido dicho plazo á dos años.

Para comprender la decadencia gradual del contrato *litteris*, y su transicion al estado en que lo hallamos en tiempo de Justiniano, es preciso ascender hasta los tiempos de los jurisconsultos clásicos, y ver nacer y desarrollarse una institucion que ha acabado por modificarle profundamente.

### *De la excepcion* non numeratæ pecuniæ.

Si en un escrito, no ya que forma obligacion *litteris*, sino en un simple escrito probatorio (*cautio*), entregado al acreedor como instrumento de prueba, hace alguno constar que es deudor de tal ó cual persona, por causa de compra, arrendamiento, sociedad, daño causado ó cualquier otro hecho, ¿cuál es la causa de la obligacion? Únicamente el hecho mencionado, y el acreedor no tiene otra accion que la producida por este hecho; la accion *empti*, *locati*, *pro socio*, *damni injuria*, ó cualquiera otra, segun el caso. Mas si hallándose las cosas en este estado, el deudor, á pesar del escrito que de él procede, niega la existencia del hecho mencionado, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. No porque un escrito lo ligue y produzca obligacion por sí mismo, sino porque este escrito contiene por su parte una confesion y un reconocimiento del hecho obligatorio, á cuya confesion hay que atenerse: «*Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni*», á ménos que por medio de pruebas evidentes, y que consistan tambien en escritos (*evidentissimis probationibus, in scriptis habitis*), se establezca y acredite la no realidad del hecho mencionado. Tal es la decision que nos da el jurisconsulto Paulo, y que hallamos reproducida en una constitucion del emperador Justino (1).—Mas

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul.—Cod. 40. 30. *De non numerat. pecun.* 13. const. de Justin.

si el escrito destinado á formar prueba (*cautio*) se halla extendido confusamente (*indiscrete loquitur*), sin precisar distintamente el hecho obligatorio, entónces no contiene una declaracion ó confesion bastante; y como por sí mismo no forma obligacion, toca al acreedor probar qué se le debe y por quién se le debe : « *Tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit.* » Es tambien decision del mismo jurisconsulto (1).

Esto es por lo que respecta á los escritos simplemente probatorios (*cautiones*). Supongamos ahora que haya intervenido una forma civil de obligacion, y para no producir la menor duda, supongamos una estipulacion ó una expensilacion (*nomen transcriptitium*) : segun el estricto derecho civil, importa poco que haya ó no una causa preexistente : desde el momento que han tenido lugar las palabras ó la escritura requeridas, la obligacion existe; el deudor está ligado *verbis* ó *litteris* : el acreedor tiene la *condictio*.— Pero sabemos que el derecho pretoriano y la jurisprudencia llegaron en auxilio del deudor, y si ha prometido, si se ha obligado sin motivo por medio de la escritura, le conceden, para defenderse contra la accion del acreedor, una excepcion (la excepcion *doli mali*, ó una excepcion extendida ó redactada *in factum*). Así no es ya tan cierto que las palabras ó la escritura consagradas obliguen por sí mismas : en el fondo es preciso ascender á una causa primera de obligacion, es preciso que esta causa exista realmente, pues de lo contrario, la obligacion, aunque subsistente segun el estricto derecho civil, queda sin efecto.—Sin embargo, un punto capital separa todavía este caso del anterior : negando el deudor que haya habido una causa real para la promesa ó para la escritura, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. Porque las palabras ó la escritura lo ligan ; se defiende contra la accion por medio de una excepcion : segun un principio general, el que opone una excepcion debe probar los hechos en que se apoya : « *Qui excipit probare debet quod excipitur* », segun las palabras de Celso : «*Reus in exceptione actor est*», segun la expresion más elegante de Ulpiano (2).

Aquí, sin embargo, se produjo con el tiempo en el derecho romano una nueva é importante distincion. Si la promesa verbal ó

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul.
(2) Dig. 22, 3. *De probat.* 9. f. Cels.—44. 1. *De exception.* 1. f. Ulp.

la obligacion *litteris* han tenido lugar por causa de un *mutuum* ó préstamo de dinero, y el deudor pretende que no se le ha entregado el dinero, tiene, segun la aplicacion de la regla anterior, para defenderse contra la accion, una excepcion de dolo, que expresada y redactada de hecho, toma el nombre particular de excepcion *non numeratæ pecuniæ*. Mas un fragmento de los antiguos jurisconsultos y un párrafo especial de las Institutas de Gayo y Justiniano nos muestran positivamente la aplicacion de esta excepcion al caso de la estipulacion (1). No la hallamos mencionada por los antiguos *nomina* que resultan de la expensilacion, á causa del desuso en que cayeron estos *nomina*, y de la desaparicion ó interpolacion de los fragmentos que á ellos se referian; pero aparece en muchos pasajes, con relacion á la obligacion *litteris* contraida por *chirographa* (2). — Por lo demas, si esta excepcion hubiese quedado en la regla general ántes expuesta por las excepciones; es decir, si negando el deudor la entrega ó numeracion de las especies, hubiese quedado sometido á la obligacion de probar que dicha entrega no habia tenido lugar, nada de nuevo hallariamos en esto. Pero se introdujo una regla absolutamente particular, derogatoria de los principios comunes, á saber: que en este caso especial y en virtud de la denegacion del deudor tocaria al acreedor probar que realmente habia tenido lugar la numeracion de las especies. El motivo que parece dar para esto una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano es que racional y directamente no se prueba una negacion (3). Pero la explicacion mucho más fundada y concluyente es que la intervencion de la promesa verbal, ó de la promesa por *chirographum* por razon de préstamo,

---

(1) Gay. Com. 4. § 116: «Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim..... placet per exceptionem doli mali te defendi debere.» — Dig. 44. 4. *De doli mali except*. 2. § 3. f. Ulp.: «Si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec credidit ..... dicendum erit nocere exceptionem.» Ibid. 4. § 16. f. Ulp. — Despues de haber dicho que no se da contra los ascendientes ó los patronos, ni excepcion de dolo, ni ninguna otra que atente á su consideracion, sino que la acepcion, en caso semejante, debe extenderse en hecho (*in factum*), añade el jurisconsulto en forma de ejemplo: «Ut si forte pecunia non numerata dicatur, objiciatur exceptio *pecuniæ non numeratæ*.» — Instituta, lib. 4, tit. 13, § 2. «Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit..... placet per exceptionem *pecuniæ non numeratæ* te defendi debere.» — Véase tambien Cod. 4. 30. *Non numerat. pecun*. 9. const. de Diocleс. y Maxim.

(2) Código Teodosiano 2. 27. *Si certum petatur de chirographis*. — Código de Justiniano, 4. 30. *Non numerat. pecun*. 5. const. de Alejand.

(3) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun*. 10. const. de Dioclec. y Maxim. «Cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nula est) et ob hoc ad petitiorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.»

solia tener lugar entre los romanos ántes de la numeracion de las especies ; que en esto hallaba el acreedor una ocasion frecuente y fácil de fraude; que, alejándose cada vez más del estricto derecho civil, se consideraron sucesivamente ménos las palabras y la escritura, y más cada vez la realidad del *mutuum*: de tal manera, que se acabó por exigir del acreedor la prueba de esta realidad. Lo que principió probablemente por las simples *cauciones* ó escritos probatorios de un *mutuum* (1) se aplicó en seguida á los *chirographa* y á las estipulaciones motivadas por préstamo de dinero. Fué éste un gran paso hácia la decadencia de la obligacion civil, contraida por escrito y áun por palabras ; porque, yo pregunto, ¿qué venía á ser en este caso el contrato *litteris* ó el contrato *verbis?* ¿No podria decirse con verdad, hallándose así las cosas, que no eran ya la escritura ni las palabras, sino sólo la numeracion de las especies lo que obligaba ? — Sin embargo, esta obligacion que el acreedor tenía de probar la numeracion de las especies no se le impuso sin límites. Por las constituciones se fijó un tiempo á aquel que hubiese hecho la promesa, ya *verbis*, ya *litteris*, para provocar la contestacion en esta materia (*legitimum tempus* ;— *legibus definitum tempus* ; —*tempus intra quod hujus rei querela deferri debet;* —*jure delata constestationibus tempora*) (2). Este tiempo, como vemos en una constitucion de Marco Aurelio y en el código Hermogeniano, y como nos lo muestra el mismo Justiniano, era de cinco años (3). El deudor debia en este plazo, ya oponer la excepcion *doli mali* ó *non numeratæ pecuniæ*, si el acreedor dirigia contra él la accion, ya principiar él mismo la agresion, y promover la contestacion de otra manera, como, por ejemplo, procediendo por *condictio* para hacerse restituir su *chirographum* (4), si el acreedor, á fin de ganar tiempo, permaneciese inactivo. Pasado

(1) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 3. const. de Anton. «Si ex *cautione* tua : licet hypotheca data conveniri cœperis : exceptione opposita, seu *doli*, seu *non numeratæ pecuniæ*, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequetur.»

(2) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. de Alejand. — 6. const. de Dioclec. y Maxim., notable, en que se trata de este plazo para el caso de estipulacion. — Codigo Teodosiano, 2. 27. *Si certum petatur de chirographis.* 1. const. de Honor., Teod. y Const.

(3) Codigo Hermogeniano. *De cautia et non numerata pecunia.* «Ex cautione exceptionem non numeratæ pecuniæ, non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus.» Const. de Marc. Aurel. — Código de Justiniano. 4. 30. *De non numer. pecun.* 14. pr. const. de Justiniano.

(4) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 7. const. de Alejand. — 4. 5. *De condict. indeb.* 3. const. de Dioclec. y Maxim. — 4. 9. *De condit ex lege.* 4. const. de Dioclec. y Maxim. — O para hacerse dejar libre por aceptilacion, si se tratase de promesa verbal : 8. 41. *De fidejuss.* 15. const. de Gordian.

este plazo sin contestacion no se exigia ya del acreedor una prueba que el lapso de tiempo habria hecho cada vez más difícil; el silencio del deudor era considerado como una confesion, como un reconocimiento de la numeracion de las especies: la promesa verbal, el *chirographum*, ó áun la *cautio*, recobraban ó adquirian toda su fuerza obligatoria, sin que hubiese ya motivo para inquietarse ni averiguar si el dinero habia sido contado ó no (1).—Tales eran los efectos de la excepcion *non numeratæ pecuniæ* y de su extincion. Esta excepcion, por otra parte, se aplicaba únicamente al caso en que la promesa se fundase en un préstamo de consumo (*pecunia credita*); en los demas casos se permanecia bajo las reglas generales (2).

Se ve ahora por esta exposicion histórica cómo la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, con todas sus reglas derogatorias, vino á variar la naturaleza de la obligacion *litteris*, y áun de la estipulacion motivada por un préstamo de consumo; cómo desde entónces el *chirographum* y la *cautio* han manifestado tendencia á confundirse, y cuál es el estado á que llegaron bajo el imperio de Justiniano. ¿Se quiere deducir de aquí que en tiempo de este Emperador no habia ya contrato *litteris*? Pues entónces será preciso decir lo mismo del contrato *verbis*, que tiene lugar para el préstamo de consumo, porque la regla es la misma en este caso para un contrato que para otro. La verdad es que, en definitiva, ni el *chirographum*, ni la promesa por estipulacion en préstamo de dinero, no producen ya por sí mismas obligacion eficaz, á no ser al cabo del tiempo fijado; y que Justiniano toma el contrato *litteris* tal como encuentra que habia llegado á su tiempo. Una comparacion entre los términos empleados por el Emperador y los que se hallan en la Instituta de Gayo á propósito de los *chirographa*, nos probará que son efectivamente *chirographa* los que, alterados por la sucesion de los tiempos y por las instituciones que acabamos de exponer, han pasado en la Instituta de Justiniano (3). Vemos suficientemente en

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. de Alejand., «*sin vero legitimum tempus excessit..... omnimodo debitum solvere compellitur.*» — 14. pr. const. de Justin. «*ut eo elapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.*»

(2) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 5 const. de Alejand. «Ignorare autem non debes, non numeratæ pecuniæ, exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur....., etc.»— Así no tendria lugar en el caso en que la obligacion hubiese sido transferida *a persona in personam*. 6. const. de Alejand., — ni para el caso de transaccion. 11. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Asi, al modo que dice Gayo: «Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, *si quis debere se aut daturum se scribat*, ita *scilicet si eo nomine stipulatio non fiat.*»

el texto cómo el Emperador redujo á dos años contínuos el plazo quinquenal en otro tiempo de la excepcion. Una constitucion especial, inserta en el Código, arregla detalladamente esta materia: conviene observar en ella el medio que se da al deudor de hacer perpétua su excepcion, denunciándola al acreedor en el plazo fijado y con ciertas formas (1).

## TITULUS XXII.

### DE CONSENSU OBLIGATIONE.

## TÍTULO XXII.

### DE LA OBLIGACION POR EL SOLO CONSENTIMIENTO.

Sigamos el órden histórico. Despues de los contratos formados al principio de la mancipacion (*per æs et libram*), y posteriormente por la prestacion de la cosa (*re*), lo que forma el tronco y la raíz de los contratos del derecho civil ; despues de los dos contratos que de éstos se han derivado, el contrato *verbis* y el contrato *litteris*, en los cuales la obligacion se contrae por palabras ó por escritos, cuyo espíritu consiste en tener realizada la antigua formalidad *per æs et libram*, y de ligarse como si ella hubiese tenido lugar, pasemos á los cuatro contratos derivados del derecho de gentes, á los cuales ha dado entrada el derecho civil de los romanos, y que en nada, ni por la accion, ni por las palabras, ni por la escritura, se refieren á la formalidad Quiritaria de la mancipacion *per æs et libram*, pero que se fundan en el simple consentimiento de las partes. — Estos contratos son cuatro únicamente : la venta (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio-conductio*), la sociedad (*societas*), y el mandato (*mandatum*). Algunas constituciones imperiales han atribuido fuerza obligatoria, por el solo efecto del consentimiento, á algunas otras convenciones particulares ; pero estas últimas, que han llegado demasiado tarde, no han sido revestidas por esto del título de contrato ; cuyo título ha quedado como propio de aquellos solos que el más antiguo derecho civil habia de este modo calificado y sancionado.—Hay dos distinciones bien importantes que marcar entre los contratos consensuales,

---

(Gay. Com. 3. § 134 ; de la misma manera las Institutas de Justiniano dicen : «*Si quis debere se scripserit* quod si numeratum non est...... *cesante scilicet verborum obligatione.*» La reproduccion es evidente.

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 14. const. de Justinian. — Principalmente el § 4. — Una excepcion análoga tiene tambien lugar en materia de dotes.

derivados del derecho de gentes, y los contratos del puro derecho civil; y son que miéntras que éstos (el *mutuum*, el contrato *verbis* y el contrato *litteris*) no producen nunca obligacion sino por una sola parte, y que los efectos de esta obligacion se determinan segun los principios rigurosos del derecho, los cuatro contratos consensuales, por el contrario, producen, ya inmediatamente, ya con posterioridad, segun las circunstancias, obligaciones por una y otra parte (*ultro citroque obligatio: alter alteri obligatur*), y que los efectos de estas obligaciones recíprocas se determinan segun reglas de equidad (*ex æquo et bono*). Es decir, en suma, que es propio de los contratos de puro derecho civil ser unilaterales y producir acciones de derecho estricto; miéntras que los cuatro contratos consensuales derivados del derecho de gentes son bilaterales, ó de otro modo, sinalagmáticos, y dan orígen á acciones de buena fe.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus-venditionibus, locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos qui negotia gerunt, censentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

Las obligaciones se forman por el solo consentimiento en los contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Se dice que en estos casos la obligacion se contrae por el solo consentimiento, porque no se necesita para que se produzca, ni de escrito, ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa; pues basta que consientan aquellos entre quienes se hace el negocio. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, como, por ejemplo, por cartas misivas ó por mensajero. Ademas, en estos contratos cada parte se obliga con la otra á todo cuanto la equidad exige que ellas se presten mutuamente; miéntras que en las obligaciones por palabras el uno estipula y el otro promete.

## TITULUS XXIII.

### DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

## TÍTULO XXIII.

### DE LA COMPRA Y VENTA.

Como la venta tiene su orígen en los cambios; como en el principio de la civilizacion el comercio entre los hombres consiste en dar una cosa por otra, segun las respectivas necesidades de cada

uno; como se llegaron despues á emplear como objeto comun de estos cambios, los diversos metales, cuya cantidad se determinaba pesándolos en un peso; período que dejó una huella tan profunda, y que la tradicion ha conservado por tan largo tiempo como símbolo en el *æs et libra* del antiguo derecho romano; como, en fin, una marca pública distingue el metal, dividido en pequeñas porciones, para indicar su peso y calidad, y para evitar de este modo á los particulares la molestia de comprobarlo y pesarlo en cada caso que ocurriese; como desde entónces se han ido distinguiendo sucesivamente uno de otro los dos objetos de cambio, llamando á uno, es decir, al que se cambia por moneda, *merx*, mercancía, y al otro, es decir, á la moneda cambiada por este objeto, *pretium*, precio; todas estas nociones son demasiado sabidas, para que insistamos en explicarlas. Por ellas, y segun un fragmento de Paulo, principia el título de la venta en el Digesto de Justiniano (1). Pero lo que resulta aún en estas indicaciones históricas, y que importa observar bien, porque las ideas en este punto se han desnaturalizado generalmente, es una verdad de economía política, desconocida aún por muchos jurisconsultos que han escrito acerca de la venta, á saber: que la moneda no es más que una mercancía (comunmente, y por mil razones, una materia metálica), cuyo valor comercial sigue su curso y varía lo mismo que el de cualquier otro objeto de cambio, y cuyo sello ó marca pública no hace más en esto que asegurar la composicion y marcar la cantidad.

Hasta aquí hablamos de las operaciones que se efectúan, de los objetos que se dan por una y otra parte: éste es el punto de partida segun la historia. Pero si, independientemente de toda tradicion verificada, de todo hecho de ejecucion, convienen entre sí las partes en hacer semejante operacion, de tal manera que no intervenga más que su pura voluntad, que su recíproca conformidad, ¿cuál será el efecto de esta conformidad? Segun los principios del derecho romano, esta simple conformidad de voluntades, esta causa absolutamente espiritual, no podia realizar ninguna traslacion de propiedad, ningun derecho real; pero ¿valdrá, al ménos, para ligar á las partes unas con otras, y para producir entre sí obligaciones? El puro derecho civil quiritario no conoce una manera tan

---

(1) Digesto. 18. 1. *De contrahenda emptione*. 1. f. Paul. « Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit, olim enim non ita erat nummus: neque aliud *merx*, aliud *pretium* vocabatur.»

sencilla é inmaterial de ligarse ; los nombres antiguos dados á estas operaciones : *permutatio* para el cambio, *venum-datio* para la venta, indican que en los primitivos tiempos sólo se trataba de actos realizados, de mutaciones efectuadas y de daciones en venta ejecutadas. Pero el derecho de gentes introdujo este nuevo modo de obligacion, y la fuerza obligatoria de la simple convencion ha sido admitida en aquella de estas dos operaciones que habia llegado á ser la más usual, es decir, la que consiste en dar una cosa en cambio de cierta cantidad de moneda.

Esta convencion, independiente de todo hecho prévio de ejecucion, no realizando por sí misma ninguna traslacion de propiedad ni de derecho real, sino produciendo sólo ciertos vínculos de derecho entre las partes, constituye el contrato llamado por los romanos *emptio-venditio.* Dos partes distintas se observan en ella : la del vendedor (*venditor*) y la del comprador (*emptor*); dos objetos distintos de obligacion : por una parte, la cosa vendida ó la mercancía (*res*, *merx*), y por la otra, el dinero prometido en retribucion ó el precio (*pretium*) ; en fin, dos órdenes distintos de obligacion : las obligaciones del vendedor y las del comprador. La denominacion romana del contrato, *emptio-venditio*, que comunmente se traduce por la palabra de *venta*, aunque tambien haya la otra palabra correspondiente, *compra*, indica claramente esta doble fisonomía. Los verbos *emere*, comprar; *vendere*, vender ; *venire*, ser vendido, y el verbo *distrahere*, usado únicamente para la venta de objetos particulares segregados de un todo ó masa de caudal, y no para la de cosas *universitatis*, se refieren á este contrato ; miéntras que los verbos más antiguos, *venumdare*, dar en venta ; *venumdari*, ser dado en venta, se refieren á la ejecucion misma de la convencion.—Es preciso no perder de vista que el acto así considerado, segun el derecho de gentes, es decir, la *emptio-venditio*, es sólo un contrato, y no tiene, por consiguiente, otro objeto ni otro efecto que obligar respectivamente á las partes una con otra.

### *De la forma del contrato de venta: del consentimiento, del escrito y de las arras.*

| | |
|---|---|
| Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data | Hay contrato de venta desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido pagado todavía y no se hayan dado |

fuerit; nam quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam *nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatus est*. In his autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsecuto, *sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arrhis nihil expressum est.

aún arras; porque lo que se ha dado á título de arras sólo sirve para acreditar la conclusion del contrato. Sin embargo, es preciso entender esto de las ventas hechas sin escrito, *respecto de las cuales nada hemos innovado*. Pero en cuanto á las que se hacen por escrito, ha decidido nuestra constitucion que la venta no es perfecta sino en cuanto el acto ha sido extendido ó redactado, ya de la mano misma de los contratantes, ya escrito por un tercero y suscrito por las partes; y si se hacen por el ministerio de un tabelion ó escribano, en cuanto el acto ha recibido todo su complemento y la adhesion final de las partes. En efecto, miéntras que le falte una de estas cosas, puede haber retraccion, y el comprador ó el vendedor pueden, sin incurrir en pena alguna, separarse de la venta. Sin embargo, no les permitimos retractarse impunemente, sino cuando nada se haya dado todavía á título de arras; porque si éstas se han dado, *ya la venta haya sido hecha por escrito ó no*, el que se niega á cumplir su obligacion, si es el comprador, pierde lo que ha dado; y si es el vendedor, está obligado á dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras.

Este párrafo trata del consentimiento y de las arras.

*Respecto del consentimiento*, el principio del derecho anterior á Justiniano es que la venta es perfecta, es decir, que produce todos sus efectos, ó dicho de otro modo, las obligaciones que debe producir desde el momento que las partes han convenido en cosa y precio. Éste es el principio que nuestro texto enuncia en su primera frase, tomándolo de la Instituta de Gayo (1), y que Ulpiano expresa tambien en estos términos: « *Conventio perficit sine scripis habitam emptionem* » (2). — En este punto introduce Justiniano una innovacion, á saber: que cuando las partes han convenido en que el acto de la venta deberá extenderse por escrito, no se reputa dado definitivamente su consentimiento, y por consiguiente, no se considera la venta como perfecta, sino despues que

(1) Gay. Com. 3. § 139.
(2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 2. § 1. f. Ulp.

el escrito se haya extendido y que nada le falte : hasta entónces no hay más que un proyecto, que un pacto no obligatorio (1).

*Respecto de las arras:* los romanos llamaban de esta manera una cierta suma, áun á veces cualquier otro objeto, por ejemplo, un anillo (*annulus*), que una de las partes, regularmente el comprador, daba á la otra, como señal y prueba de la conclusion del contrato (2). La suma así dada á título de arras por el comprador era como una parte dada á cuenta del precio convenido, de tal manera que no le quedaria ya más que pagar lo restante (3): de aquí procede, segun Varron, el orígen de la palabra *arras* (4). El principio del derecho anterior á Justiniano acerca de este punto era el que nuestro texto enuncia en su primera frase, tomándolo siempre de la Instituta de Gayo (5), y que el mismo jurisconsulto expresaba en otro lugar de esta manera: «*Quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*» (6). Así las arras no eran más que un signo y una prueba de la conclusion del contrato. Las partes, sin embargo, podian, por convencion particular, añadirle algun otro carácter, como en el ejemplo que cita Scévola, en que el comprador conviene en que si no hubiese pagado lo restante del precio en el tiempo determinado perderá las arras (*ut arrham perderet*), y la venta será nula (7). — En este punto introdujo Justiniano tambiem una innovacion bien notable, cual es que en todos los casos en que se trate de una venta hecha, ya por escrito ó ya sin escrito (*sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*), cuando se han dado arras, y aunque las partes no hayan en este particular convenido en nada (*licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat*), el comprador, perdiendo las arras, ó el vendedor, restituyéndolas con el doble, pueden separarse de la venta. Así las arras mudan completamente de carácter: en vez de ser un signo de conclusion definitiva, son un medio de

(1) Cod. 4. 21. *De fide instr.* 17. const. de Justinian.

(2) Dig. 19. 1. *De actionibus empti et venditi*, 11. § 6. f. Ulp.

(3) Dig. 18. 3. *De lege commissoria.* 8. f. Scevol.

(4) VARRON. *De lingua latina*, lib. 4: «Arrabo sic dicta, ut reliquum reddatur. Hoc verbum a Græco ἀῤῥαβών. Reliquum, ex eo, quod debitum reliquit.»

(5) Gay. Com. 3. § 139.

(6) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. pr. fr. de Gay.

(7) Dig. 18. 3. *De lege commissoria*, 8. f. Scevol. — Tambien en el Código. 4. 54. *De pactis int. empt.* 1, const. de Autonin.

retractacion. Cualquiera que sea el esfuerzo que se haya hecho para entender la constitucion de Justiniano en un sentido restrictivo y sólo respecto de las ventas realizadas por escrito, las expresiones de ella son demasiado precisas para que se pueda racionalmente poner en duda la generalidad de la innovacion (1). Las expresiones de nuestro texto, que dice, hablando de las ventas hechas sin escrito : « *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est* », deben, pues, entenderse como refiriéndose únicamente á lo que concierne al efecto del consentimiento, y de ningun modo al carácter de las arras.

*Del objeto de las obligaciones en el contrato de venta.*

Como hay en la venta dos órdenes distintos de obligaciones, las del vendedor y las del comprador, hay tambien dos objetos principales, pero distintos de estas obligaciones : la cosa vendida, por parte de uno ; y el precio, por parte de otro. Sin cosa vendida ó sin precio convenido no hay venta : « *Nec emptio nec venditio sine re quæ veneat potest intelligi* », dice Pomponio (2) : « *Nulla emptio sine pretio esse potest* », dice nuestro texto en el párrafo que va á seguir.

Toda cosa, en general, puede ser vendida, á excepcion de las que se hallan fuera del comercio, es decir, las que no son susceptibles de estar ó de circular entre las cosas propias de los hombres « *Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est* » (3). Así las cosas corpóreas ó las incorpóreas, como un derecho de servidumbre (4), un derecho de crédito (5) ; cosas particulares (*res singularis*), ó de universalidad (*rerum universitas*), como un rebaño, un peculio ó una herencia ; cuerpos ciertos (*species*), ó cosas de género (*genus*) : todo esto puede venderse. Lo mismo sucede con la cosa de otro : « *Rem alienam distrahere quem posse : nulla dubitatio est* » (6) ; porque esta circunstancia de que la cosa pertenezca

(1) Cod. 4. 31. *De fide instrument.* 17. const. de Justinian.
(2) Dig. 18. 1 *De contrah. empt.* 8. f. de Pomp.
(3) Ib. 34. §§ 1 y 2. f. Paul. ; 6. pr. f. Pomp.
(4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 80. § 1. f. Labeon.
(5) Dig. 18. 4. ; y Cod. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita.*
(6) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 28. f. Ulp.

á otro no impide al vendedor contraer con motivo de dicha cosa todas las obligaciones constitutivas de la venta. En fin, lo mismo sucede con las cosas no sólo presentes, sino áun futuras ó inciertas : por ejemplo, los frutos, el producto de una pesca ó de una caza. Acerca de esto es preciso distinguir cuál ha sido la intencion de las partes : si han querido que la venta tuviese sólo lugar en el caso en que alguna cosa fuese cogida y para sólo esta cosa, como, por ejemplo, si han fijado el precio á tanto por cabeza ó pieza de pescado ó caza : hay entónces, segun la expresion usada por los doctores, compra de una cosa esperada, *rei speratæ emptio ;* ó bien si la venta debe subsistir, cualquiera que sea el resultado, y áun cuando nada se cogiese : por ejemplo, si se ha fijado un precio alzado por todo el producto de la pesca ó de la caza. Hay entónces, segun los términos de los jurisconsultos romanos, un golpe de dado (*alea*), la compra de una esperanza (*spei emptio*) : y si ni la pesca ni la caza no han producido nada, subsiste, sin embargo, la venta ; y entónces dice en cierto modo Pomponio, aunque con bastante inexactitud, que hay una venta sin cosa vendida (1).

I. Pretium autem constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum esse debet : alioquin si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio : QUANTI ILLE ÆSTIMAVERIT, sub hac conditione staret contractus : ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium persolvatur et res tradatur, et venditio ad affectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus,

1. Es preciso que haya un precio convenido, porque no puede haber venta sin precio. Ademas, el precio debe ser determinado. Pero si las partes han convenido que la cosa sea vendida al precio que estime Ticio, era para los antiguos una duda grave y frecuentemente debatida, saber si en este caso hay ó no venta. Hemos decidido por nuestra constitucion, que siempre que la venta fuese concebida en estos términos: AL PRECIO QUE TAL PERSONA ESTIME, el contrato existirá bajo esta condicion: que si la persona nombrada determina el precio en absoluta conformidad á su estimacion, el precio deberá ser pagado, la cosa entregada, y la venta llevada á efecto, teniendo el comprador la accion de compra, y el vendedor la accion de venta. Si al contrario, el que ha sido nombrado no quiere ó no puede determinar el precio, la venta será nula, por faltar la constitucion de precio. Y aprobado por nos este de-

(1) Dig. 18. 1. f. *De contrah. empt.* 8. f. Pomp. « *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur.*

**cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.**

**recho para las ventas, es conforme á razon extenderlo á los arrendamientos.**

El precio debe ser cierto (*certum*), es decir, determinado por la convencion misma de las partes : ya de una manera absoluta, como, por ejemplo, cien escudos de oro, *centum aureos;* ya con relacion á una cantidad determinada, como, por ejemplo, el mismo precio en que tú la has comprado, *quanti tu eum emisti;* ó bien, todo el dinero que tengo en mi bolsa, ó en mi cofre, *quantum pretii in arca habeo* (1). Se ve en este último ejemplo que nada impide que el precio tenga algo de aleatorio.—El precio no será cierto, si en vez de hallarse convenido entre las partes, se deja al arbitrio de una de llas, como, por ejemplo: Lo que tú quieras, lo que creas justo, lo que tú estimes, «*quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum*»; semejante venta sería imperfecta (2). Lo mismo sucederia con el precio que se dejase al arbitrio de otro en general, sin designar persona: *Generaliter alieno arbitrio*» (3). Pero si el arbitramiento se confiriese á una persona determinada, «*quanti Titius rem æstimaverit*», vemos en Gayo que habia desacuerdo entre los jurisconsultos acerca del resultado de la convencion, negando Labeon y Casio que hubiese venta válida, y sosteniendo Próculo la opinion contraria (4). Nuestro texto declara suficientemente la decision de Justiniano, que sanciona la opinion de los Proculeyanos y las consecuencias de dicha decision (5).

II. Item petium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia reputant posse pretium consistere. Unde illud est quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argu-

2. El precio debe consistir en una suma de dinero. Sin embargo, se disputaba con calor si no podria consistir en otra cosa cualquiera, como, por ejemp'o, en un esclavo, en un fundo ó en una toga. Sabino y Casio admitian en este punto la afirmativa. Así se decia vulgarmente que la venta se verificaba por el cambio de las cosas, y que esta forma de venta es la más antigua; y sacaban un argumento del poeta

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 7. § 1 y 2. f. Ulp.
(2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35 § 1. f. Gay.
(3) Dig. 19. 2. *Locati conducti.* 25. p. f. Gay.
(4) Gay. Com. 3. § 110.
(5) La constitucion de Justiniano, relativa á esta cuestion, se halla en el Código, 4. 38. *De contrahenda emptione.* 15.

mentoque utebantur græco poeta Homero, qui aliqua parte exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

griego Homero, que nos habla en alguna parte del ejército de los griegos, comprando vino en cambio de otras muchas cosas, como se ve en las palabras siguientes:

Ενθ' αρ οινιζοντο καρηκομοωντες Αχαιοι,
Αλλοι μεν χαλκω, αλλοι δ' αι ωνι σιδηρω,
Αλλοι δε ρινοις, αλλοι δ' αυτοισι βοεσσιν,
Αλλοι δ' ανδραποδεσσι.

Todo el vino compraron los Aqüeos:
Y unos daban en cambio fino bronce,
Otros brillante hierro, y otros pieles;
Otros las mismas vacas, y áun algunos
Sus esclavos vendian.

(*Trad. de Hermosilla.*)

Diversæ scholæ autores contra sentiebant, aliudque esse existimabant, permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem: alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse et quæ pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propiam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit; cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

Los autores de la escuela opuesta eran de opinion contraria, y juzgaban que una cosa era el cambio y otra la venta; pues si no, no se podria distinguir en el cambio cuál sería la cosa vendida, y cuál la dada en precio; porque considerar cada una de ellas como si á un tiempo fuesen cosa vendida y el precio es lo que la razon no podria admitir. Esta opinion de Próculo, que juzgaba que el cambio es un contrato particular, distinto de la venta, ha prevalecido con razon, fundada en otros versos de Homero y en más sólidas razones. Admitida ya por nuestros divinos predecesores, se halla más ámpliamente explicada en nuestro Digesto.

Las convenciones del derecho de gentes, admitidas en el número de los contratos por el derecho civil, no tienen nada de la precision y del carácter tan rigurosamente determinado y tan bien marcado, que nos presentan los contratos del puro derecho civil. Su naturaleza, lo mismo que sus efectos, tienen algo de vago é indeterminado: y áun con frecuencia hay puntos en que algunas de estas convenciones se tocan y parecen confundirse unas con otras. Ocasion tendrémos de ver más de un ejemplo. Tal es, entre otros, el caso del cambio (*permutatio*) y de la venta (*emptio-venditio*). Resulta de las indicaciones históricas que acabamos de hacer, que en el fondo la compra y la venta no son más que una es-

pecie de cambio, una modificacion de la operacion primitiva á que deben su orígen. Pero por proceder de ella no se diferencian ménos, y de un modo notable, en uno de los objetos de cambio, que consistiendo, por una parte en la venta, en una suma de dinero, permite distinguir en aquélla la cosa (*merx*), del precio (*pretium*); al vendedor (*venditor*), del comprador (*emptor*); y las obligaciones del uno de las del otro. Estas importantes diferencias no se ocultaban, sin duda, á los Sabinianos: ¿por qué, pues, fijándose en la idea primitiva, querian confundir el cambio con la venta, y dar en uno y otro caso las acciones admitidas por el derecho civil para la venta? Porque no siendo el cambio (*permutatio*) y la venta (*venundatio*), en su orígen, como lo indica su mismo nombre, más que operaciones ejecutadas por las partes, una mutacion, una dacion en venta efectuadas: habiendo el derecho civil admitido en seguida la simple convencion de compra y venta como obligatoria, y habiéndola provisto de acciones especiales, los Sabinianos, en virtud de la naturaleza comun de estos dos actos, que en el fondo es una misma, en vista de la latitud de interpretacion que admiten los contratos del derecho de gentes y de su carácter poco definido, querian que el cambio participase del mismo beneficio. Los argumentos tomados de diferentes lugares de Homero, segun que el poeta ha usado en sus versos la palabra cambiar ó comprar, son curiosos (1). Se ve que no se trata de una institucion del puro derecho civil, sino de una costumbre que procede del derecho de gentes.—No habiendo sido admitida la opinion de los Sabinianos,

---

(1) Los versos de Homero citados en nuestro texto están sacados de la *Iliada*, lib. 7, verso 472 á 475.—Paulo (Dig. 18. 1. 1.) invoca en testimonio el siguiente, tomado de la *Odisea*, lib. 1, al fin:

Τὴν ποτὲ Λαὲρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἕο ἶσιν

Que á Laertes el viejo muy pequeña,
Por diez pares de bueyes fué vendida.

(*Trad. de Gonzalo Perez.*)

Pero cita en la opinion contraria estos otros versos, á que hace alusion nuestro texto (*aliis Homericis versibus*); y que están tomados de la *Iliada*, lib. 6, verso 235, en que el poeta habla de Glauco:

Ός χρὸς Τυδεΐδην Διομήδ εα τεὺχέ ἄμε ἶδεν.

Porque las armas
Trocando con el hijo de Tideo,
Dió por unas de bronce que valian
Nueve bueyes no más, las suyas de oro,
Que el valor igualaban de cien bueyes.

(*Trad. de Hermosilla.*)

combatida, dice Gayo, por los jurisconsultos de la escuela opuesta (*diversæ scholæ auctores* (1), el cambio ha permanecido siendo lo que era en los primitivos tiempos: una mutacion recíproca, es decir, un acto que necesita que vaya seguido de ejecucion por las dos partes para ser perfecto; y por una de ellas al ménos para producir vínculos de derecho, quedando sin efecto la simple convencion: «*Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere*» (2). Al tratar, pues, de los contratos de esta naturaleza, tendrémos que ocuparnos del cambio.—Pero si teniendo que vender un fundo (*rem venalem, veluti fundum*), aceptase yo á manera de precio (*pretii nomine*) un objeto cualquiera, como, por ejemplo, un esclavo, sería fácil distinguir aquí las dos representaciones de vendedor y comprador, la cosa vendida y la cosa dada en precio: éste era, á lo que parece, uno de los argumentos de que se valian los Sabinianos en apoyo de su teoría (3); y en efecto, en este caso particular, una constitucion del emperador Gordiano, conservada por Justiniano (4), dió al contrato los efectos, no de un cambio, sino de una venta.

### *De los efectos del contrato de venta.*

Los efectos del contrato de venta, como los de todos los contratos del derecho de gentes admitidos por el derecho civil, no fueron determinados desde el principio en su totalidad. En esta materia no se ha formado y completado la doctrina sino por grados. Aun el carácter de buena fe que corresponde á las acciones producidas por este contrato ha suministrado siempre á sus efectos alguna vaguedad y falta de precision, que varía segun las circunstancias.

La venta por sí misma no transfiere al comprador la propiedad de la cosa vendida. La venta es un contrato: por consiguiente, su

---

(1) El texto de la Instituta nos dice que habia sido condenada, áun por los príncipes anteriores (*et anteriores divi principes*). En efecto, encontramos en el Código dos constituciones de Diocleciano y Maximiano sobre este punto: Cod. 4. 64. *De rerum permutat.* 3. 7. const. de Diocleciano y Maxim.—En cuanto á los jurisconsultos romanos, vemos nominalmente en los fragmentos del Digesto, que Nerva, Próculo, Celso y Paulo eran del número de los que no admitian la opinion de Sabino. Dig. 18. 1. *De contrah empt.* 1. f. Paul.; 12. 4. *De condict. caus. dat.* 16. f. Cels.; 19. 4. *De rer. permut.* 1. f. Paul.; 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. de Paul.

(2) Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 3. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Gay. Com. 3. § 141.

(4) Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 1. const. de Gordian.

único efecto consiste en producir obligaciones; y las produce lo mismo para una que para otra parte (*ultro citroque*), de donde toma la calificacion de contrato bilateral.

El vendedor no se obliga tampoco á hacer al comprador propietario : en esto, como en otros muchos puntos, se diferencia mucho del que hubiese prometido por estipulacion dar (*dare*) una cosa. « *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere : ut cogitur qui fundum stipulanti spopondi* » (1). ¿Cuáles son, pues, las obligaciones del vendedor?—Está obligado á suministrar la cosa (*rem præstare*), es decir, á hacer tradicion de ella (*rem tradere*), en el tiempo y lugar convenidos. « *Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere* » (2). Pero ya sabemos que hacer tradicion de una cosa es entregar la posesion de ella (t. I, p. 352). Los juriconsultos romanos tenian tambien una expresion especial para precisar en este punto la obligacion del vendedor : decian que debia dar « *vacuam possessionem* », es decir la posesion libre, desembarazada de todo obstáculo (3). Bien entendido que la cosa debe quedar libre con todos sus accesorios (4).—Pero no es indicar suficientemente la extension de la obligacion del vendedor decir que debe dar ó entregar la cosa. Es preciso recurrir á otra expresion sancionada en el derecho romano, y mucho más enérgica : está obligado á proporcionarla al comprador « *rem licere habere* »; es decir, la facultad de tener la cosa y usar de ella en todo como señor. « *Obligatus est venditor, ut præstet licere habere* », dice Justiniano; « *Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* », dice Africano (5).—De aquí se deduce que cuando la cosa ha sido entregada, miéntras que el comprador conserva la facultad de tenerla como dueño, y áun cuando tuviese prueba de que dicha cosa pertenecia á otro, nada tiene que pedir al vendedor, porque la obligacion de este último se halla cumplida; pero desde el momento que, por efecto de una causa anterior á la venta, se priva el comprador jurídicamente de la cosa, tiene un recurso para dirigirse contra el vendedor por daños y perjuicios (*in id quod*

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 25. § 1. f. Ulp.

(2) Dig. 19. 1. *De actionibus empti et venditi.* 11. § 2. f. Ulp.

(3) Ib. 2. § 1. f. Paulo, que define lo que debe entenderse por *vacua possessio*; 3. § 1. f. Pomp.; 48. f. Scevol., etc.

(4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 47. y 49. f. Ulp.—19. 1. *De action. empt.* 17. pr. y §§ 2 y sig. f. Ulp.

(5) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 30. § 1. f. African.—21. 2. *De eviction.* 8. f. Julian.; 21. § 2. f. Ulp.; 24. f. African.; 25. f. Ulp.; 29. pr. f. Pomp.; 57. pr. f. Gay.

*interest*). Esta obligacion del vendedor se expresa diciendo que está obligado á asegurar al comprador de toda eviccion : «*Evictionis nomine obligatur.*»—«*Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem*» (1). Despojar (*evincere*) es arrebatar por medio de una victoria jurídica, y en virtud de un derecho preexistente, una cosa al que la poseia por una justa causa de adquisicion; ó como se dice : «*aliquid vincendo auferre*»; la eviccion (*evictio*) es esta especie de triunfo, y se llama *res evicta* la cosa de este modo arrebatada. Los romanos tenian en su antiguo lenguaje jurídico una palabra particular, que se ha conservado, la de *auctoritas*, para designar la garantía, la seguridad contra la eviccion (2). *Auctoritatem præstare auctor esse* era suministrar y deber esta garantía. «*Venditor, si ejus rei quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto, auctoritati manebit obnoxius*», dicen las sentencias de Paulo (3). Yo creo hallar en esto la explicacion de aquella antigua expresion, que corresponde al tiempo de las Doce Tablas, y cuyo sentido etimológico ha sufrido tanto tormento : *usus-auctoritas*, por usucapion. Esta palabra, en efecto, no significa otra cosa sino la *auctoritas*, ó la garantía, la seguridad contra toda eviccion, que proporciona el uso y la posesion durante el tiempo establecido (t. I, p. 274, nota 1). El comprador no tiene recurso contra el vendedor por eviccion, sino en cuanto la cosa le haya sido arrebatada por la vía judicial, y cuando no haya descuidado su defensa. Sobre esto se le impone una primera condicion, á saber : la de denunciar al vendedor el procedimiento que contra él se dirija, para que pueda aquél en tiempo oportuno presentarse á defenderse; es lo que se llama : *litem denuntiare*, ó bien *auctorem laudare, autoris laudatio* (4). Por lo demas, el Digesto y el Código contienen cada uno de ellos un título especial dedicado á explicar y explanar las condiciones, las formas y los efectos de esta garantía (5).—Ademas de la garantía de eviccion, se halla todavía obligado el vendedor á la de los defectos ocultos de la cosa, capaces por su naturaleza de disminuir ó destruir su

---

(1) Dig. 19. 1. *De actione empt.* 11. § 2. f. Ulp.

(2) «Auctoritas, id est actio pro evictione», dice Venuley. Dig. 21. 2. *De evictionibus.* 76.

(3) Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito* § 1.

(4) Dig. 21. 2. *De eviction.* 29. § 2. f. Pomp.; 51. § 1. f. Ulp.; 53. § 1. f. Paul.; 55. § 1. f. Ulp. 56. §§ 4 á 7. f. Paul.; 59. f. Pomp.—Y para la expresion *auctore laudore:* 63. § 1. f. Modestin.—Cod. 8. 45. *De eviction.* 7. const de Alejand.; y 14. const. de Gordian.—Véase tambien 8 y 9 const. de Alejand.

(5) Dig. 21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus.*—Cod. 8. 45. *De evictionibus.*

uso. Esta obligacion existe por el hecho solo del contrato; su extension y efectos deben arreglarse conforme á la buena fe y segun la importancia del vicio, y el conocimiento ó ignorancia que de él hayan tenido el comprador ó el vendedor. Tiene tambien lugar sin distincion, respecto de los defectos ó buenas cualidades cuya carencia ó cuya existencia ha prometido especialmente el vendedor (1). Las consecuencias de esta garantía son, para el comprador, el derecho de pedir, ya los daños y perjuicios (*id quod interest*), ya una disminucion de precio, ya la resiliacion ó rescision del contrato (2). Esta resiliacion particular se llama tambien redhibicion. «*Redhibere*, nos dice Ulpiano, *est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit : et, quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*» (3).

Con motivo de estas diversas obligaciones del vendedor, puede comprobarse lo que hemos dicho acerca del desarrollo gradual de los efectos atribuidos por la doctrina al contrato consensual, y sobre su carácter poco definido. En tiempo en que no se hallaba todavía admitido, ó que los principios, en cuanto á las obligaciones que debian producir, no se hallaban todavía fijos, se suplia por la estipulacion. Así el comprador estipulaba la dacion de la cosa, lo que suponia por parte del vendedor la obligacion de transferirle la propiedad de ella (4); estipulaba que el vendedor le entregaria la libre posesion (*vacuam possessionem*) (5); ó bien que le aseguraria de la eviccion, ó de los defectos de la cosa (6). Era un uso introducido en las costumbres, que el comprador estipulase, en caso de eviccion, la restitucion del doble del precio : esto se llamaba *duplæ stipulatio* ó *duplæ cautio* (7); y este uso parece haber tenido su orígen en las Doce Tablas (8). Por lo demas, era libre á los contratantes estipular, en vez del doble, el simple, el triple, el cuádruplo, pero no más (9). En fin, los ediles curules arregla-

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 4. f. Ulp.—18. 1. *De contrah. empt.* 43. § 2. f. Florent—21. 1. *De ædilitio edit.* 17. § 20. f. Ulp.; 18. f. Gay.; 19. f. Ulp.

(2) Dig. 19. 1. 11. § 3; y 13. § 4. f. Ulp.—Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto. et vendito.* § 6.

(3) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 21. pr. f. Ulp.

(4) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 25. § 1. f. Ulp.—45. 1. *De verb. oblig.* 75. § 10. f. Ulp.

(5) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 3. § 1. f. Pomp.

(6) Ib. 11. § 4. f. Ulp.

(7) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto.* 31. § 20. f. Ulp.—21. 2. *De evictionibus et duplæ stipulationibus.* 37. f. Ulp.—18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin.

(8) Segun el testimonio de CICERON (*De officiis*, lib. 3), las Doce Tablas habian estatuido que en la venta de los fundos, el comprador «*qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret.*»

(9) Dig. 21. 2 *De evict.* 56. pr. f. Paul.

ron por su edicto con mucho cuidado la materia de las ventas. Respecto de la eviccion, hicieron necesario, al ménos en cuanto á la venta de las cosas preciosas y de los esclavos, el uso de la estipulacion del doble : de tal manera que el comprador podria proceder, en virtud del contrato, contra el vendedor, para que le hiciese la indicada promesa (1).

Respecto de los defectos ocultos de la cosa, el edicto de los ediles, en disposiciones cuyo texto en parte nos ha conservado el Digesto (2), precisó positivamente las obligaciones del vendedor, impuso la necesidad de prometer, por estipulacion del doble (*duplæ stipulatio*), la seguridad de ciertos vicios (3), é introdujo ademas, en beneficio del comprador, dos acciones particulares, para pedir á su eleccion, en caso de que existiesen algunos de los vicios comprendidos en el edicto, ya una disminucion de precio (*actio æstimatoria*, ó *quanto minoris*), ya la redhibicion del contrato (*actio redhibitoria*) (4) : de aquí han tomado semejantes vicios la calificacion de vicios redhibitorios. El comentario de los juriconsultos acerca de esta parte del edicto es una triste reseña acerca de las innumerables enfermedades corporales que pueden afligir al hombre ó á los animales. El edicto de los ediles era sólo relativo en su orígen á la venta de los esclavos (*mancipia*) y á la de las bestias de carga (*jumenta*); pero despues se extendió á la de todas las demas cosas (5). En fin, por consecuencia de estos diversos elementos, por el influjo de las estipulaciones, de la costumbre, del edicto ediliciano, la doctrina completó la teoría de las obligaciones producidas por el solo contrato consensual y trasladó ó aplicó á la accion de este contrato efectos, si no idénticos, al ménos análogos á los de las estipulaciones ó de las reglas del edicto : por ejemplo, la indemnizacion del doble, por causa de eviccion, en los casos en que está ordenada (6); la disminucion del precio ó la redhibicion en casos de vicios redhibitorios (7). Sin embargo, el uso de las estipulaciones y las disposiciones del edicto continuaron mante-

---

(1) Ib. 37. f. Ulp.—21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp.

(2) Dig. 21. 1. *De ædilitio edicto, et redhibitione et quanti minoris.* 1. § 1; y 31. pr. f. Ulp.

(3) Dig. 21. 1. *De ædil. edict.* 28. f. Gay.; 31. § 20. f. Ulp.—21. 2. *De eviction.* 31. f. Ulp.— Cod. 4. 49. *De action. empt.* 14. const. de Diocles. y Maxim.

(4) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 18. pr. f. Gay. : 44. § 2. f. Paul.; 45. f. Gay., etc.

(5) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 63 y 1. pr. f. Ulp.; 48. § 6. f. Pomp.; y 49. f. Ulp.— Cod. 4. 58. *De ædilitiis actionibus*, 4. const de Dioclec.

(6) Dig. 21. 1. *Ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp.—21. 2. *De evict.* 37. § 2. f. Ulp.

(7) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 11. § 3 y 13. § 4. f. Ulp.

niéndose; ha habido siempre entre sus efectos y los atribuidos en los mismos puntos al simple contrato de venta las diferencias notables que resultan del derecho escrito y preciso por una parte, y de la buena fe por otra.

En cuanto al comprador, sus obligaciones son: pagar el precio en el momento mismo de la tradicion, ó bien en el dia prefijado, si se le ha concedido un plazo. Respecto del precio, áun está obligado á más que el vendedor está respecto de la cosa; porque está obligado á transferir la propiedad al vendedor: «*Emptor autem nummos venditoris facere cogitur*» (1). De tal manera que si, por ejemplo, ha pagado con una suma de dinero que se le hubiese entregado en depósito, el vendedor, desde que llega á tener conocimiento de este hecho, y sin esperar á ser despojado, podrá desde luégo proceder contra él. «*Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito*» (2).—Ademas del precio, debe el comprador los intereses de él desde el dia de la tradicion: « *Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit: item usura pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere* (3). En fin, está obligado á restituir al vendedor las impensas que éste haya hecho de buena fe, desde la conclusion de la venta, con motivo y ocasion de la cosa vendida (*in re distracta*) (4).

Independientemente de las obligaciones del vendedor y del comprador, hay otro efecto importante de la venta, cual es que inmediatamente que se hace perfecta, y áun ántes de la tradicion, la cosa, en cuanto á los peligros que pueda correr, lo mismo que en cuanto á las eventualidades de producto y acrecion de que sea capaz (*periculum et commodum*), se considera en todos éstos de cuenta y riesgo del comprador: «*Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditæ contingit ad emptorem pertinet*» (5). El Digesto y el Código contienen cada uno un título

(1) Ibid., 11. § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 19. 4. *De rerum permut.* 2. pr. f. Paul.

(3) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. §§ 20 y 21. f. Ulp. —Cod. 4. 32. *De usuris.* 2. const. de Sever. y Anton. — 4. 49. *De action. empt.* 5. const. de Diocle. y Maximiano. — Paul. Sent. 2. 17. *Ex empto et vendito.* § 9. — Vatic. J. Rom. Fragm. § 2. — Véase tambien Dig. 22. 1. *De usur.* 18 § 1. f. Paul.; y Cod. 4. 54. *De pact. int. empt.* 5. const. de Gordian.

(4) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. § 22. f. Ulp. — 4. 49. *De act. empt.* 16. const. de Diocl. y Maxim.

(5) Cod. 4. 48. 1. const. de Alejand.

especial acerca de esta materia (1); y el párrafo siguiente de la Instituta nos explica el principio.

III. Cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint; aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesit, ad emptoris commodum pertinet, nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori; quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriæ actione.

3. Desde que se halla perfecto el contrato de venta, lo que sucede, como ya hemos dicho, al punto que las partes se hallan convenidas en el precio, si la venta se hace sin escrito, los riesgos de la cosa vendida pasan al comprador, aunque no se le haya hecho todavía la tradicion. Si pues el esclavo ha muerto, ó ha sido herido; si el edificio en todo ó en parte ha sido devorado por las llamas; si el fundo en todo ó en parte ha sido arrasado por la violencia del rio; si por la inundacion ó por la tempestad que ha arrancado los árboles, se halla considerablemente reducido ó deteriorado, el daño lo sufrirá el comprador, hallándose obligado, áun cuando no ha recibido la cosa, á pagar el precio de ella. En efecto, el vendedor, respecto de todo lo que sucede sin dolo ni culpa de su parte, se halla en completa seguridad. Pero al contrario, si desde la venta ha crecido el fundo por aluvion, el provecho es para el comprador; porque las ventajas debe disfrutarlas el que corre los riesgos. Si el esclavo vendido se ha fugado ó ha sido robado sin dolo ni culpa de parte del vendedor, debe distinguirse: si este último ha tomado sobre sí el riesgo de custodiarle hasta que se verifique la tradicion, será responsable de la fuga ó robo; si no, nada tiene de que responder: decision aplicable á todos los animales y á todas las cosas. Sin embargo, el vendedor deberá ceder al comprador la accion en vindicacion de la cosa y la condiccion, porque miéntras que la tradicion no se haya hecho, continúa siendo propietario. Lo mismo sucede respecto de las acciones de hurto y de daño injusto.

Las disposiciones del derecho romano, expuestas aquí en nuestro texto, acerca de los riesgos de la cosa vendida, ¿no se hallan en oposicion con estos principios, que miéntras no ha tenido lugar

(1) Dig. 18. 6; y Cod. 4. 48. *De periculo et commodo rei venditæ.*

la tradicion, el vendedor continúa siendo propietario, y que las acreciones, los deterioros, ó la pérdida total de una cosa corresponden por fuerza al propietario, máxima expresada por los comentadores de esta manera: «*res perit domino*»? En realidad no hay en nuestro texto ninguna excepcion de estos principios. En efecto, el vendedor ha continuado siendo propietario de la cosa; por consiguiente, si la cosa acrece por una produccion de frutos, por un aluvion, ó por una causa cualquiera, él se hace propietario de estos frutos y de estas acreciones; si la cosa se deteriora, ó si perece, su derecho de propiedad disminuye en la misma proporcion, ó se extingue. Nuestro texto no dice ni una palabra de la propiedad. ¿Pero cuáles son los efectos de la venta? Producir obligaciones; el vendedor está obligado á entregar y hacer que tenga la cosa el comprador: pues bien, si despues de la venta ha habido frutos ó acreciones, estará obligado de la misma manera á entregar y hacer tener estos frutos y estas acreciones (1); si la cosa se ha disminuido, si se ha deteriorado sin culpa suya, no estará obligado á entregarla y hacerla haber sino disminuida ó deteriorada como se halla, y si la cosa ha perecido sin culpa suya, su obligacion habrá dejado de existir. Esto es lo que significa la máxima de que la cosa, desde el momento de la venta, se halla de cuenta y riesgo del comprador; es decir, que la obligacion del vendedor de entregar se aplicará á la cosa tal como se hallase por consecuencia de las alteraciones que hubiese podido experimentar. En todo esto sólo se trata de la obligacion del vendedor. Y si hay pérdida total, no harémos más que aplicar esta regla comun de la extincion de las obligaciones; que el deudor de un cuerpo cierto (*species*) queda libre cuando dicho cuerpo ha perecido sin culpa ni participacion suya (2). — ¿Pero cuál será la obligacion del comprador respecto del precio? ¿El precio convenido deberá aumentarse ó disminuirse, segun que la cosa haya recibido acreciones ó experimentado deterioros? En manera alguna; el precio será siempre el mismo, y si la cosa vendida ha perecido absolutamente, por manera que el vendedor se halle libre de entregarla, ¿lo será tambien el comprador de la de pagar el precio? De ningun modo. Las dos obligaciones, una vez contraidas, tienen una existencia inde-

---

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 13. §§ 10, 13 y 18. f. Ulp.

(2) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 23. f. Pomp. — Al principio 2. 20. *De legatis.* § 16, tomo I, página 686, y 3. 19. *De inutil. stipul.* § 2, p. 200 y siguientes.

pendiente; la primera puede modificarse ó extinguirse en su objeto por las variaciones de la cosa vendida; la segunda no por eso deja de continuar subsistiendo y siempre la misma (1). Tal era el sistema romano; y por esto se considera como una verdad decir que desde el momento de la venta el comprador corre los riesgos de la cosa vendida, aunque el vendedor sea todavía propietario de ella.

Este principio, por lo demas, no es susceptible de aplicacion cuando el objeto de la venta no es un cuerpo cierto (*species*), sino un género (*genus*), como, por ejemplo, un caballo, ó un esclavo (*in genere*); porque miéntras que el objeto no se haya determinado, no puede decirse que aumenta, que disminuye ó que perece; ni áun cuando los objetos se hayan designado, pero la venta se hace á su peso, número ó medida (*pondere, numero, mensurave*): por ejemplo, esta barra, esta manada, este trigo, este vino, ó áun este campo; pero á tanto la libra, la cabeza ó la medida; porque siendo el precio indeterminado, miéntras que la cosa no se pese, cuente ó mida, hasta entónces la venta no se considera como perfecta (2). Pero si el todo se ha vendido, como dicen los romanos, *per aversionem*, es decir, en conjunto, por un solo precio (*uno pretio*), la venta se hace perfecta desde que ha tenido lugar la convencion, é inmediatamente le es aplicable el principio relativo á los riesgos (3). — La aplicacion de este principio exige tambien distinciones en los casos en que se trate de ventas condicionales (4), ó de ventas de muchas cosas alternativamente: «*Sichum aut Pamphilum*» (5).

En fin, despues de este principio es preciso colocar la última obligacion del vendedor, de que nos resta que hablar; y es la de ser responsable al comprador de cualquier falta en que incurra; de

(1) Dig. 18. 5. *De rescind. vend.* 5. § 2. f. Julian. — 21. 2. *De evict.* 11. pr. f. Paul.—Cod. 4. 48. *De peric. et comm.* 6. const. de Dioclec. y Maxim. — Véase por tanto el fragmento sacado de Africano, Dig. 19. 2. *Locati conducti.* 33, en el cual parece positivamente admitida la opinion contraria, y de donde parece resultar que el vendedor, en caso de perderse la cosa, no podria exigir el precio, ó áun sería obligado á restituirlo, si ya lo hubiese recibido. Los comentadores han hecho grandes esfuerzos para conciliar este pasaje con los principios expuestos tan frecuentemente en otra parte. Han supuesto principalmente que aquí el vendedor se hallaba especialmente obligado á tomar sobre sí las eventualidades de ciertos vicios ó de ciertos riesgos de la cosa. Pero es más sencillo y quizá más verdadero ver en esto una diferencia de opinion.

(2) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 35. §§ 5 y 6. f. de Gay.

(3) Ibid. y 18. 1. 62. § 2. f. de Modestin.

(4) Dig. 18. 6. *De peric. et comm.* 8. pr. f. de Paul.; — 18. 1. *De contrah. empt.* 7. pr. Ulp.

(5) Dig. 18. 1. *Ce contrah. empt.* 34. § 6. f. de Paul. — 46. 3. *De solut. et libert.* 95. pr. f. de Papinian.

donde se deduce que debe poner el mayor cuidado en custodiar y conservar la cosa : «*Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor aut traditionem præstet*» (1). Los jurisconsultos expresan esta obligacion con diversas expresiones, que no vienen á ser más que diferencias de estilo : unas veces «*Ut præstet dolum et culpam*»; —*non solum dolum, sed et culpam*», otras veces «*custodiam et diligentiam*»; y áun otras veces la una ó la otra por separado (2) : por manera que considero como cosa pueril formar tantas diferencias de cada una de estas expresiones, y afanarse en discutir si el vendedor debe unas ú otras. Pero los jurisconsultos romanos, cualquiera que sea la expresion usada, nos indican claramente la extension de la responsabilidad del vendedor; debe aplicar á la conservacion y custodia de la cosa el mismo cuidado que tendria un buen padre de familia, y más diligencia de la que habitualmente pone en sus propias cosas. «*Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est; ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet*», dice el jurisconsulto Paulo (3). Ulpiano expresa en otros términos la misma regla y la ilustra con ejemplos (4).— La responsabilidad del vendedor será diferente, y áun se extenderá á casos fortuitos, si especialmente hubiese tomado sobre sí los riesgos de conservarla, ó como lo expresa nuestro texto : «*si custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit.*»

El comprador por su parte y por la naturaleza del contrato se hace igualmente responsable al vendedor, no sólo del dolo, sino tambien de toda especie de falta que pudiese perjudicar á éste, por ejemplo, de sus negligencias ó descuidos, en el caso de procedimiento por eviccion, ya en la defensa, ya en la denuncia que de tal procedimiento debe hacer al vendedor (5).

Una vez hecha la tradicion, y por efecto de la misma, la propiedad de la cosa, si el vendedor era propietario de ella, pasa al comprador, con tal, sin embargo, que el precio haya sido pagado, ó que quede el vendedor satisfecho de un modo ó de otro, ó que confie en la buena fe del comprador : «*Si aut pretium nobis solutum sit,*

(1) Dig. 47. 2. *De furtis.* 14. pr. f. de Ulp.

(2) Dig. 13. 6. *Commodat.* 5. § 2. f. de Ulp. —18. 6. *De pericul.* 3. f. de Paul.— 19. 1. *De act. empt,* 13. § 16. f. de Ulp., y 36. f. de Paul.—21. 1. *De ædilit edict.* 31. §§ 11 y 12. f. de Ulp.

(3) Dig. 18. 6. *De pericul.* 3. f. de Paul.

(4) Dig. 21. 1. *De ædilit. edic.* 31. §§ 11 y 12. f. de Ulp.

(5) Dig. 13. 6. *Commód.* 5. § 2. f. de Ulp.

*aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione»*, ó en los términos más lacónicos de Ulpiano: «*nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel alias satisfacto* (1). Todo conforme á los principios ya expuestos, tomo I, p. 355 y siguientes. — Estos principios y la mayor parte de los que preceden, se hallan resumidos con precision en las siguientes palabras de Ulpiano : «Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere. Quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum : si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat : si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur» (2).

Se ve por lo que llevamos expuesto en la materia, cómo, no consistiendo los efectos del contrato de venta en transferir la propiedad al comprador, sino sólo en dar orígen á obligaciones, pueden éstas contraerse por el vendedor, lo mismo respecto de la cosa de otro que respecto de la suya propia. Esto no procede, como se dice casi siempre, pero sin razon, de que el vendedor no se obliga á transferir la propiedad : en efecto, en la promesa de la estipulacion de dar (*dare*) se obliga el promitente á dar la propiedad, y sin embargo, tal promesa, lo mismo que la venta, es válida con respecto á la cosa de otro (3). El único motivo es que los contratos en el derecho romano producen sólo obligaciones, y no traslaciones de propiedad : áun cuando consistan en la obligacion de dar la propiedad, nada hay que haga necesario, para que existan, que el promitente tenga ya esta propiedad, que es el objeto de su compromiso ú obligacion (4).—Pero una consecuencia verdadera de que el vendedor no se halla obligado á hacer al comprador propietario de la cosa, consiste en que éste, aunque tuviese prueba de que la cosa vendida pertenecia á un tercero, miéntras que él continuaba disfrutándola (*rem licere habere*), y no haya tenido que sufrir ninguna eviccion, nada puede pedir al vendedor : «*Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena,*

---

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 19. f. de Pomp., y 53. f. de Gay. — 14. 4. *De tributoria actione.* 5. § 18. f. de Ulp.

(2) Dig. 19. 1. *De action. empt.* 11. § 2. f. de Ulp.

(3) Véase en este tomo pág. 204 : « *Vel cujus commercium non habuerit*», y el fragmento que allí se cita : Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 34. f. de Ulp.

(4) El *mutuum*, por el contrario, no puede tener lugar en cosa de otro, porque aquí lo que crea la obligacion constitutiva del contrato es la traslacion misma de la propiedad (*re contrahitur*).

*vel obligata res dicatur, convenire non potest»* (1). Sin embargo, no sucederia así si el vendedor hubiese vendido la cosa de otro á *sabiendas* á un comprador *que ignorase este hecho*. Como la venta es un contrato de buena fe, en el que las partes son responsables de todo dolo por ellas cometido, tendria en este caso el comprador contra el vendedor la accion del contrato para hacerse indemnizar de todo cuanto le importase que la cosa llegase á ser propiedad suya : «*Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris : etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit, in id quanti mea intersit meam esse factam*» (2).

*De los modos del contrato de venta, y de las cláusulas particulares que en él pueden ocurrir* (pacta inter emptorem et vinditorem composita).

La venta puede admitir diversos modos segun el término ó la condicion.

IV. Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest ; sub conditione veluti : SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS AUREIS TOT.

4. La venta puede hacerse, tanto bajo condicion, cuanto pura y simplemente : bajo condicion, por ejemplo : SI EN TAL PLAZO TE AGRADA ESTICO, TE SERÁ VENDIDO EN TANTOS ESCUDOS DE ORO.

El ejemplo que cita nuestro texto es de una condicion que se halla enteramente al arbitrio del comprador «*Si Stichus intra certum diem tibi placuerit.*» Así es preciso decidir que la indicacion de un plazo determinado (*intra certum diem*) es indispensable para que haya contrato, sin lo que en nada se hallaria ligado el comprador; esto sería como si la venta se le hubiese hecho bajo esta condicion: «*Si voluerit*», y por consiguiente sería nula (3). — El efecto de esta condicion es hacer incierta la venta, y tener su existencia en cierto modo en suspenso : es lo que se llama en lenguaje moderno una condicion suspensiva. — Paulo, Ulpiano y una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano nos presentan el ejem-

(1) Cod. 8. 45. *De eviction.* 3. const. de Sever. y Anton.

(2) Tal es el texto de Africano, que explica en seguida el motivo de su decision, fundada en que el vendedor debe responder de su dolo : Dig. 19. 1. *De action. empt.* 30. § 1.

(3) Gay. Com. 3. § 146.—Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 7. pr. f. de Ulp. — Cod. 4. 38. *De contrah. empt.* 13. const. de Dioclec. y Maxim.

plo de una condicion semejante, pero en sentido contrario: «*ut, si displicuerit intra certum diem, inempta sit*» (1). Aquí el efecto de la condicion es tener en suspenso, no la venta, sino su resolucion, que es lo que llamamos una condicion resolutoria. Pero no es éste el lenguaje de los jurisconsultos romanos, que en semejantes casos suelen decir que la venta es pura y simple, en el sentido de que inmediatamente produce sus efectos, salva la resolucion que pueda sobrevenir. No la venta, dicen, sino su resolucion, es condicional é incierta. «*Pura emptio, quæ sub conditione resolvitur*» (2).

El comprador y el vendedor pueden modificar su convencion principal por medio de las cláusulas ó convenciones accesorias, bajo las cuales tengan por conveniente formarlas. Estas convenciones, que toman el nombre genérico de *pacta*, suelen tambien llamarse *leges emptionis-venditionis*, leyes de la venta. Formadas al mismo tiempo que el contrato de venta, hacen parte de él, y de él tambien toman su fuerza obligatoria, y sus efectos se reclaman por las mismas acciones. Hallamos en el código de Justiniano un título especial acerca de estos pactos accesorios considerados en general, y en el Digesto algunos títulos dedicados exclusivamente á ciertos de ellos en particular (3). — Estos pactos tienen por objeto añadir á las reglas ordinarias del contrato las derogaciones que las partes tengan por conveniente establecer; por ejemplo, sobre la entrega, sobre el pago, seguridades que se dan por una ú otra parte, riesgos, productos, intereses, defectos ó buenas cualidades de la cosa, eviccion, ó cualesquiera otros particulares. Ó bien tienen por objeto la reserva ó constitucion de algun derecho: por ejemplo, una reserva de usufructo, una constitucion de servidumbre. Algunos de estos pactos, como más esenciales, ó por tener un carácter más distinto, han llamado la atencion particular de los jurisconsultos.

Tal es el que los romanos llamaban *in diem addictio*, por el cual se conviene entre las partes que si dentro de cierto plazo se ofrecen mejores condiciones al vendedor (*meliore allata conditione*), la

---

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 3. f. de Ulp. — 41. 4. *Pro emptore.* 2. §. 5. f. de Paul. — Cod. 4. 58. *De ædilit. action.* 4. const. de Diocle. y Maxim.—Véase tambien Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 22. f. de Ulp. Aquí no es indispensable la fijacion de un plazo determinado.

(2) Dig. 41. 4. *Pro empt.* 2. § 5. f. de Paul.—18. 2. *De in diem addict.* 2. f. de Ulp.

(3) Cod. 4. 54. *De pactis inter emptorem et venditorem compositis.*

venta no tendrá lugar, ó quedará resuelta. *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.*» Este pacto constituye verdaderamente una condicion puesta, ya á la venta, ya á su resolucion, segun la manera que hayan tenido las partes de entenderla. De él se trata en un título especial del Digesto (1).

Tal es tambien el que tiene el nombre de *lex commissoria*, segun el cual la venta será resuelta si tal ó cual de los contrayentes comete alguna cosa contra la ley del contrato. En la práctica este pacto se hace en beneficio del vendedor, en el sentido de que si el comprador no paga el precio en un plazo determinado, la venta será resuelta á voluntad del vendedor : « *Ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit.* » Es tambien una especie de condicion resolutoria, y el Digesto le dedica un título particular (2).

En fin, darémos tambien á conocer el pacto que llamamos hoy, aunque con impropiedad, pacto de retroventa, y que en su fondo no es más que otra especie de cláusula resolutoria, por la cual se conviene que el vendedor pueda recobrar la cosa, reintegrando el precio en un plazo determinado : « *Ut sive venditor, sive heredes ejus, emptori pretium, quandocumque vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur* (3).

### *De la rescision de la venta* (de rescindenda venditione).

Un título particular, tanto en el Digesto, cuanto en el Código de Justiniano, se halla destinado á esta materia (4).

Pero el Digesto no trata, á decir verdad, sino de los diversos casos en que la venta se considere resuelta, ya por efecto de los pactos resolutorios que en la misma han podido acompañarse, ya por el mutuo disenso de las partes, con tal que este disenso ocurra *dum res integra est*, ó en otros términos, *antequam fuerit res secuta*, es decir, ántes que la convencion haya recibido alguna ejecu-

---

(1) Dig. 18. 2. *De in diem addictione.*

(2) Dig. 18. 3. *De lege commissoria.*

(3) Cod. 4. 54. *De pactis inter empt. et vend.* 2. const. de Alejand. — Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 12. f. de Procul.

(4) Dig. 18. 5. *De rescindenda venditione, et quando licet ab emptione discedere.* Cod. 4. 44. *De rescindenda venditione;* — y 4. 45. *Quando liceat ab emptione discedere.*

cion por una ó por otra parte. La redhibicion por defectos de la cosa es tambien una especie de resolucion, de que ya hemos hablado.

En el Código hallamos indicada la rescision por causa de violencia (1), de dolo (2); ó en fin, la que ha llamado en el más alto grado la atencion de los comentadores y que ha producido más controversias: la rescision por causa de lesion (3). — Dos rescriptos de los emperadores Diocleciano y Maximiano son los únicos textos en que hallamos expresada esta última causa, que sin disputa debe su primer orígen á la naturaleza de las acciones de buena fe (4); pero que en la constitucion de los emperadores y con relacion á la venta toma un carácter preciso y absolutamente particular. Si el precio de la venta es un precio vil (*minus pretium*), habrá lugar á la rescision; teniendo, sin embargo, el comprador el medio, para evitar la rescision, de pagar lo que falte hasta el justo precio (*justum pretium*). ¿Pero en qué punto se halla establecido el límite? Este punto se halla marcado de un modo preciso: el precio se considera vil cuando es inferior á la mitad del verdadero valor que tenía la cosa en el momento de la venta. «*Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*» (5). Ésta es la que nuestra antigua jurisprudencia llamaba lesion *de más de la mitad.* Por lo demas, los intérpretes están muy léjos de entenderse acerca de la extension de los dos rescriptos: ¿su disposicion era aplicable á la venta de los fundos solamente ó á la venta de cualquiera otra cosa? ¿A la lesion experimentada por sólo el vendedor ó á la del comprador? En fin, ¿era exclusivamente especial al contrato de venta, ó comun á todos los contratos onerosos de buena fe? Los dos rescriptos sólo hablan de fundos, porque tal es el caso particular á que contestan los emperadores; pero la razon de decidir es la misma en cualquiera otra cosa vendida; y uno de los rescriptos áun parece que principia por la enunciacion del principio en general: «*Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit.*» En fin, acerca de las dos últimas preguntas no se puede desconocer, aunque los textos del de-

(1) Cod. 4. 44. *De rescind. vend.* 1. const. de Alej.; y 8. pr. const. de Dioclec. y Maxim.
(2) Ibid. 5. 8. pr.; y 10 const. de Dioclec. y Maxim.
(3) Ibid. 2. y 8. const. de Dioclec. y Maxim.
(4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 79. f. de Paul. — 16. 3. *De deposit.* 2. f. de Paul.
(5) Cod. 4. 44. *De rescind. vend.* 2. y 8. *in fine*, const. de Dioclec. y Maxim.

recho romano no lo indiquen, que el solo contrato de venta, y en este contrato el vendedor solo, ofrecen una mayor consideracion, que no se encuentra en ninguna otra parte, á saber, la posibilidad de que la miseria y la necesidad de dinero haya impulsado al vendedor á deshacerse por cualquier precio de su cosa. Razon suficiente para no salir, en cuanto á estas dos cuestiones, de los términos de la constitucion.

V. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

5. El que compra á sabiendas objetos sagrados, religiosos ó públicos, por ejemplo, un *forum*, una basílica, ejecuta un acto nulo. Pero si, engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos ó privados, tendrá la accion de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, á fin de obtener de esta manera la indemnizacion del interes que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo.

Hemos visto que respecto de la estipulacion la ignorancia del que estipula la dacion de una cosa que se halla fuera del comercio, en nada le aprovecha. No puede pedir ni lo que ha estipulado, porque la dacion de ello es imposible, ni ninguna otra cosa, porque no puede extenderse el contrato, que es de derecho estricto, fuera de sus términos. Pero en materia de venta, contrato de buena fe, sucede otra cosa diversa. La venta de una cosa que se halla fuera del comercio, cuando el comprador compra con todo conocimiento de este hecho, es absolutamente nula (1); pero cuando el comprador lo ignora (*si ab ignorante emitur; si emptor ignoret*), la venta es válida (2): no seguramente en el sentido de que la cosa que se halla fuera del comercio pueda ser válidamente entregada y adquirida por el comprador, ni en el de que el vendedor pueda pedir su precio, sino en el sentido de que la accion de compra existe contra el vendedor en beneficio del comprador por el interes que este último tenía en no ser engañado: « *Ut consecua-*

---

(1) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 34. § 1. f. de Paul.; y 22. f. de Ulp.; y 6. pr. f. de Pompon.

(2) Ibid. 4. f. de Pomp.; y 70. f. de Licin. Rufin. Resulta de este último fragmento que áun en el caso en que el vendedor hubiese tambien ignorado que la cosa se hallaba fuera del comercio (*inter ignorantes*), el contrato de venta existiria en el sentido de que produciria sus acciones para hacer obtener á las partes lo que exigiese la buena fe, segun las circunstancias.

*tur, quod interfuit ejus ne deciperetur.*» Esto es lo que explica muy claramente nuestro texto, como igualmente un párrafo de Modestino que se halla en el Digesto (1).

## ACCIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE VENTA.

El derecho civil, admitiendo el derecho de gentes, y constituyendo en contrato la simple convencion de venta, la ha dotado de dos acciones que le son exclusivamente propias: la accion *empti* ó *ex empto*, y la accion *venditi* ó *ex vendito*, que se dan la una al comprador y la otra al vendedor, y por las cuales cada uno de ellos puede reclamar judicialmente la ejecucion de todas las obligaciones que resulten del contrato. En el Digesto y en el Código hallamos un título especialmente destinado á tratar de estas dos acciones (2). Su carácter de acciones de buena fe, que autorizan al juez á extender su sentencia *ex æquo et bono*, *ex bona fide*, da á estas acciones una extension ilimitada, que permite comprender en ellas la reclamacion de todos los resultados que el contrato deba producir conforme á equidad. Entrega de la cosa y sus agregados; pago del precio y sus intereses cuando son debidos; garantía de la eviccion total ó parcial, garantía de los vicios ocultos ó de las buenas cualidades que en la cosa se anuncian; que se trate de obtener, ya daños y perjuicios, ya la redhibicion del contrato; obligacion para el vendedor de hacer las promesas por estipulacion ordenadas por el edicto de los ediles; responsabilidad de toda falta por parte tanto de una cuanto de otra de las partes; ejecucion de las obligaciones particulares, de las cláusulas y de todos los demas pactos accesorios que formen parte de la venta: en una palabra, todas las consecuencias del contrato pueden obtenerse por la accion *ex empto* por el comprador, y por la accion *ex vendito* por el vendedor.

A estas acciones principales, propias del contrato y que siempre existen, es preciso añadir ademas:

Las acciones *ex stipulatu* (ó segun el objeto prometido, las *condictiones certi*) que resultan de las estipulaciones que las partes han podido hacer con ocasion del contrato, ya por consecuencia de

(1) Ib. 62. § 1. f. de Modest.
(2) Dig. 19. 1; y Cod. 4. 49. *De actionibus empti et venditi.*

convenciones particulares, y en ejecucion de las disposiciones del edicto ediliciano, relativas á la garantía de la eviccion y de los vicios ocultos de la cosa (*duplex stipulatio*);

Las acciones en disminucion de precio (*actio æstimatoria* ó *quanto minoris*) y en redhibicion de la venta (*actio redhibitoria*), creadas por los ediles, segun lo que ya hemos dicho. Estas dos acciones se hallaban limitadas á ciertos plazos bastante breves, diferentes segun los casos; pero por regla general, de un año para la accion *quanto minoris*, y de seis meses para la accion *redhibitoria* (1);

En fin, la accion *præscriptis verbis*, que puede tambien darse para la ejecucion de los pactos accesorios juntos al contrato (2).

Estas diversas acciones, cuando existen juntas, y ademas las acciones *empti et venditi* que resultan siempre directamente del contrato, no se excluyen la una á la otra, sino que todas se hallan expeditas, cada cual acumulativamente segun su naturaleza, de manera, sin embargo, que ninguno de los contratantes obtenga más de lo que se le debe.

## TITULUS XXIV. — TÍTULO XXIV.

### DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE. — DEL ARRENDAMIENTO (3).

Si en la convencion ocurrida entre las partes, una de ellas se obliga mediante un precio cierto, que consista en dinero, no en hacer que la otra tenga una cosa como en propiedad (*præstare rem habere licere*), sino sólo á proporcionarle el uso y disfrute de ella (*præstare re uti, re frui licere*), ó á ejecutar para ella ciertos trabajos ó una obra determinada, hay, no ya contrato de venta (*emptio venditio*), sino contrato de arrendamiento (*locatio conductio*). El que debe administrar la cosa que se ha de arrendar se llama generalmente *locator*; el que debe recibirla *conductor*, y el precio *merces*.—Se ve que esta convencion tiene por su misma naturaleza la mayor semejanza con la de venta. Esta semejanza se

(1) Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 19. § 6. f. de Ulp., 28. f. de Gay.; 31. § 22; y 38. pr. f. de Ulp., 55. f. de Papin.—Cod. 4. 58. *De ædilit. action.* 2. const. de Gordian.

(2) Cod. 4. 51. *De pact. int. vendit.* 2. const. de Alejand.

(3) Gay. Com. 3. §§ 142 y sig. — Paul. Sent. 2. 18. *De locato et conducto.*— Dig. 19. 2. *Locati conducti.*— Cod. 4. 65. *De locato et conducto.*

manifiesta en las reglas de derecho á que se sujetan estos dos contratos, como nuestro texto va á tratar de demostrarlo. Derivada del derecho de gentes y admitida por el derecho civil, la convencion de arrendamiento, lo mismo que la de venta, produce por el solo efecto del consentimiento entre las dos partes recíprocamente (*ultro utroque*), obligaciones diversas, que deben determinarse segun la equidad (*ex æquo et bono*), y va acompañada de dos acciones especiales (*actio locati; actio conducti*): una para cada parte. — Lo que concierne al consentimiento y á la innovacion de Justiniano con relacion á las ventas que las partes hubiesen convenido en redactar por escrito se aplica igualmente al arrendamiento (1).

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur si merces constituta sit, et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

El arrendamiento se asemeja mucho á la venta y se rige por las mismas reglas de derecho. En efecto, así como el contrato de venta se forma desde que ha habido convencion acerca del precio, del mismo modo desde que se ha constituido el precio del arrendamiento el contrato de arrendamiento existe, y produce para el locator la accion *locati*, y para el locatario la accion *conducti*.

Los objetos de la obligacion en el contrato de arrendamiento son, por una parte, el objeto que se arrienda, y por la otra, el precio que por él debe pagarse.

El objeto del arrendamiento puede ser de diversa naturaleza:— ya una cosa (*res*), cuyo uso ó disfrute debe proporcionarse al locatario;—ya trabajos ó servicio (*operæ*) que una de las partes se obliga á hacer para la otra, y que deben pagarse en proporcion á su duracion: por ejemplo, cuidar la casa ó las caballerías, cultivar un campo, guiar un carro ó una nave, á tanto al mes ó al año;— ya, en fin, una obra cualquiera (*opus*), que una de las partes se obliga á ejecutar ó hacer para la otra mediante un precio determinado: por ejemplo, construir, segun el presupuesto convenido, una casa, conducir tal nave á tal paraje, segar tales mieses por tal precio. (Esto que llamamos empresa á destajo ó por tarea.)— De aquí proceden diversas clases de arrendamiento: 1.°, *locatio-*

(1) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 17. const. de Justin.

*conductio rerum*, arrendamiento de cosas; 2.°, *locatio-conductio operarum*, arrendamiento de servicios; 3.°, *locatio-conductio operis*, arrendamiento de una obra que se ha de ejecutar.—Ademas de los nombres genéricos de *locator*, *conductor*, *merces*, se aplican especialmente á estas diferentes clases algunas denominaciones particulares. Así el locatario de una casa se llama comunmente *inquilinus*; el que toma el arrendamiento de una posesion rural, *colonus*, y el precio del arrendamiento, en uno y otro caso, *pensio reditus* (1). Respecto del arrendamiento de servicios (*operarum*), no varian los nombres comunes: el que presta sus servicios es el *locator*, y el que los recibe en arrendamiento y los paga es el *conductor*. Pero en cuanto al arrendamiento de una obra por empresa ó á destajo (*operis*), los nombres se invierten frecuentemente: si se considera el trabajo del empresario, permanecen bajo el órden precedente: el empresario es locator de su trabajo (*locatur operarum*), y el que lo paga es locatario de él (*conductor operarum*). Pero muy comunmente consideran los jurisconsultos romanos la obra, la operacion misma (*opus*). Y entónces dicen del empresario que ha tomado en arrendamiento la obra (*opus conduxit*) (2). El que ha mandado hacer la operacion es el *locator operis*, y el que la ha emprendido es el *conductor*. Se le llama á veces tambien *redemptor operis* (3).—Por lo demas, no sólo en los nombres, sino, lo que es más importante, en su naturaleza y en sus efectos, se diferencian entre sí estas diversas especies de arrendamiento.

El precio del arrendamiento, *merces*, llamado tambien á veces simplemente *pretium* (4), debe esencialmente, lo mismo que en la venta, ser determinado (*certum*), y consistir en una suma de dinero.

I. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium promissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces promissa fue-

1. Y lo que hemos dicho ántes de la venta, cuyo precio se hubiese dejado al arbitrio de un tercero, debe entenderse igualmente del arrendamiento, *por cuya causa* si alguno

(1) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 24. §§ 1, 2 y 4. f. de Paul. — 25. §§ 1 y 2. f. de Gay. — 5 y 9. §. 6. f. de Ulp.

(2) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 11. § 3 y 13. §§ 1, 3. f. de Ulp.; 25. § 7. f. de Gay.; 59. f. de Javol.— 19. 5. *De præscript. verb.* 1. § 1. f. de Papin.

(3) Ibid. 30. § 3. f. de Alfen.; 51. § 1. f. de Javol.; 60. § 8. f. de Labeon.— 6. 1. *Rei vindict.* 39. f. de Ulp.

(4) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 28. § 2. f. de Labeon.; y 51. § 1. f. de Javol.—El precio de la mano de obra en la *locatio operis* puede recibir el nombre particular de *manupretium*: Ibid. 30. § 3. f. de Alfen.

rit. *Qua de causa*, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

da al batanero ó al sastre vestidos para que los limpien, los cuiden ó los compongan, sin fijar inmediatamente el precio, sino con la obligacion de pagar más adelante aquello en que convengan entre sí, no se ve en esto un contrato de arrendamiento propiamente dicho; pero se da por este hecho la accion *præscriptis verbis*.

*Qua de causa*. Este *qua de causa*, tomado de la Instituta de Gayo (1), no se liga aquí muy bien con lo anterior. El sentido es que el precio debe ser determinado, y por consiguiente, si las partes en este punto se remiten una á otra, salvo el convenirse despues en el precio, no hay contrato de arrendamiento.

II. Præterea, sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quæri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam rem utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, placuerit inter eos ut per denos dies invicem boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est.

2. Ademas, del mismo modo que se pondria en cuestion si por un cambio de cosas se forma contrato de venta, así se suscitaria cuestion respecto del arrendamiento, en el caso en que alguno te haya dado una cosa para que la uses ó percibas los frutos, y de la misma manera á su vez ha recibido otra de tí. Se ha decidido tambien que no es esto un arrendamiento, sino un género particular de contrato. Por ejemplo, si dos vecinos, que tenga cada uno un buey, convienen en prestarse recíprocamente su buey durante diez dias para ejecutar una obra, y el buey del uno muere en casa del otro, no tendrá aquél accion ni *locati*, ni *conducti*, ni *commodati*, pues el préstamo no era gratuito, sino accion *præscriptis verbis*.

Tenemos aquí, como en el cambio, una de aquellas convenciones, que por sí mismas no producen ningun vínculo jurídico. Es una operacion que de hecho debe ejecutarse entre las partes. Sólo el principio de ejecucion por una ú otra parte produce obligaciones. Tratarémos de ellas más adelante.

---

(1) Gay. Com. 3. § 143.

## *Del enfitéusis* (emphyteusis) *y del derecho de superficie* (superficie).

III. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; ut ecce de prædiis quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino prætetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, aufere liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem, inclinantem sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere ac si natura talis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphteuticarium hujusmodi damnum venire. Quod jure utimur.

3. Hay tal afinidad entre la venta y el arrendamiento, que en ciertos casos se duda si el contrato es una venta ó un arrendamiento. Tal es aquel en que se dan fundos á ciertas personas para que los disfruten perpétuamente, es decir, de tal modo que el propietario, miéntras que la renta ó el interes le sea pagado, no pueda quitárselos ni al *locatario*, ni á su heredero, ni á ninguno que los hubiese adquirido del locatario, de su heredero, por venta, donacion, dote, ó cualquier otro título. Como los antiguos se hallaban en duda acerca de este contrato, considerándole unos como un arrendamiento, y los otros como una venta, una constitucion de Zenon ha atribuido al contrato de enfitéusis una especial naturaleza, no confundiéndole ni con el arrendamiento ni con la venta, y tomando su fuerza de sus propias convenciones. Y si en éstas interviniese algun pacto, será observado como si tal fuese la naturaleza del contrato. Pero si nada se ha convenido en cuanto á los riesgos de la cosa, el peligro de la pérdida total recaerá sobre el propietario, y el perjuicio de la pérdida parcial sobre el enfiteuta. Tal es el derecho que seguimos.

Se trata en este párrafo de una naturaleza particular de derecho, que desde los primeros tiempos de Roma hasta los modernos, al traves de las vicisitudes de los gobiernos, de la propiedad pública y privada, considerado bajo el triple aspecto de la historia, de la economía social ó de la pura ciencia del derecho, ofrece constantemente el mayor interes. Se enlaza por su orígen con el *ager publicus* de la antigua Roma, á las posesiones de los patricios en aquellos campos, á las luchas agrarias, á los cambios de distribucion ó cultivo de las tierras, en una palabra, á todos los recuerdos que despiertan estas palabras : *ager publicus*. Se asocia en época más próxima al *ager vectigalis* de las colonias, de los

municipios, de las diversas ciudades, de los colegios sacerdotales, y á las locaciones de largo tiempo que de ellos se hacian. Del mismo modo á los diversos bienes del Emperador, *patrimoniales fundi, fundi rei privatæ, fundi fiscales*, y al modo más usual, segun el cual el fisco los utilizaba. En fin, de los bienes del Estado, de los comunes, de las corporaciones ó del fisco, este derecho pasa á los bienes de los particulares.

La palabra enfitéusis (*emphyteusis*) y los adjetivos que á ella se refieren (*emphyteuticum prædium*), muy tarde aparecen en las constituciones del Bajo Imperio, como calificacion ocasional más bien que exclusiva (1), y la nocion del derecho en sí mismo tardó mucho tiempo en determinarse y expresarse por medio de una fórmula. Gayo en su Instituta, en el párrafo que dió orígen al de nuestro texto (2), sólo habla de las locaciones perpétuas del *ager victigalis* de los municipios.—El hecho es el siguiente. Primero el Estado, y despues las ciudades, las corporaciones, los propietarios de vastos territorios, no pudiendo cultivar sus tierras por sí mismos, ni hacerlas cultivar por mandatarios, trataban, como el mejor medio de beneficiarlas ó utilizarlas, de darlas en arrendamiento por largo plazo, constituyéndose una renta fija y periódica. En segundo lugar, hallándose estas tierras en su mayor parte incultas, y teniendo necesidad para utilizarlas de que el cultivador se interesase en ellas y las beneficiase y mejorase como cosa propia y como patrimonio de su familia, los hechos tienden por sí mismos á hacer reconocer sobre aquellas tierras un derecho que, sin destruir el de propiedad del Estado ó de las corporaciones, le transfiera en gran parte sus ventajas. Bajo el imperio de estas necesidades y de estos instintos económicos, el derecho del concesionario se determina poco á poco, se fija y se convierte en un derecho particular con su naturaleza propia, y en fin, con su nombre especial *emphyteusis*. Este mismo nombre, en su raíz griega ἀπό τοῦ ἐμφυτεύειν, plantar, sembrar, ingertar, descubre por sí solo el orígen y el destino del derecho.—En cuanto al género de convencion, que arregla entre las partes este punto y sus condiciones, es al principio bien determinadamente un arrenda-

(1) Cod. 5. 6. *De præd. minor.* 13. const. de Dioclec. y Maxim.—11. 61. *De fund. patrim.* 7. const. de Gracian., Valentin. y Teod.—Véase por tanto Dig. 27. 9. *Reb. eor. qui sub tut.* 3. § 4. f. de Ulp. ¿No hay aquí interpolacion de Triboniano?

(2) Gay. Com. 3. § 145.

miento; pero á medida que el derecho del concesionario se separa del locator ordinario, toma de la propiedad la mayor parte de sus ventajas, y se manifiesta como un derecho real, se pregunta si el contrato de que procede su establecimiento no es una venta. Venta ó arrendamiento, es preciso que sea lo uno ó lo otro, porque sólo bajo uno de estos títulos puede ser obligatorio : el derecho civil no tiene otro contrato que á él se asemeje, y no los ha de inventar nuevos, pues su catálogo se halla cerrado (1).—Es preciso llegar á Zenon para hallar el contrato convertido en contrato particular, acompañado de su accion propia, é intercalado, sin embargo, en el número de los contratos consensuales del derecho civil, entre la venta y el arrendamiento; porque no se quiere que decaiga del rango que ha tenido bajo la una ó la otra de estas denominaciones. Todo esto no se ha discurrido de un golpe, sino que ha sido producto del tiempo y de los hechos. El establecimiento indicado ha pasado del Estado y de las corporaciones á los particulares, cuando por una parte se han hallado reunidos en manos de un solo particular vastos territorios (*latifundia*), formando á veces una gran parte de toda una provincia; y por otra, el abandono de la agricultura, las miserias del tiempo y la carga de los impuestos han dejado la mayor parte de estas tierras desiertas, baldías y sin producto. En fin, de las tierras, objeto primero y principal de su establecimiento, ha pasado el derecho *emphyteutico* á los edificios (2).

La *emphiteusis* de hecho no parece presentarse sino bajo una doble forma y como un compuesto : 1.°, de un derecho real; 2.°, de obligaciones que ligan una persona con otra. De aquí sobre todo proceden las diferencias y dificultades de las definiciones que acerca de ella se han dado. Para ilustrar la materia es menester distinguir con cuidado el derecho real del personal.

Como derecho real, la enfitéusis (*emphyteusis*) es una ramificacion particular del derecho de propiedad. Se llama enfiteuta (*emphyteuta*, á veces *emphyteuticarius* (3), y antiguamente *conductor*) al que tiene ó goza de esta ramificacion, y *prædium emphyteutica-*

(1) En tiempo de Gayo, la opinion predominante, nos dice este jurisconsulto, relativa al *ager vectigalis*, era que el contrato de concesion de este *ager* formaba un arrendamiento : «*Sed magis placuit locationem conductionemque esse.*» Com. 3. § 145.

(2) Dig. 39. 2. *De damno infect.* 15. § 26. f. de Ulp.—Novel. 7. c. 3. § 2.; y Novel. 120. c. 1. § 2 de Justinian.

(3) Cod. 4. 66. *De jure emphyt.* 1. const. de Zenon.

*rium* (antiguamente *ager vectigalis*) al inmueble que era objeto de semejante desmembracion. El propietario que de esta manera desmembraba ó fraccionaba su propiedad, quedaba siendo, sin embargo, *dominus*.—Esta desmembracion es más extensa aún que la del usufructo. El enfiteuta tiene no sólo el derecho de disfrutar cuanto produzca la cosa y de aprovecharse de cuantos servicios pueda prestar, sinò que ademas es poseedor y adquiere los frutos por su sola separacion del suelo; puede disponer de la sustancia de la cosa y hacer en ella todas las modificaciones que le parezcan, con tal que no la deteriore. Puede enajenar su derecho y transferirlo á otro, ya en vida, ya al tiempo de su fallecimiento, siempre bajo ciertas reservas y ciertas condiciones acordadas al propietario. En fin, este derecho no perece, como el usufructo, con el enfiteuta, sino que pasa hereditariamente á sus sucesores testamentarios ó *abintestato*. Diversos acontecimientos pueden, sin embargo, extinguirlo; tales como el consentimiento de las partes, la ruina total de la cosa, el cumplimiento del término, cuando ha sido constituida por tiempo; la muerte del enfiteuta sin ningun heredero, ni legítimo ni testamentario, y sobre todo, ciertas causas de caducidad en que aquél puede incurrir.

En cuanto á las obligaciones que personalmente ligan al enfiteuta, la principal es la de pagar, en los plazos establecidos, una renta, que se llama *pensio* ó *canon*. Ni la esterilidad, ni los accidentes de fuerza mayor que ha impedido ó destruido la cosecha, ni aún las pérdidas parciales de la cosa, impiden ni disminuyen esta obligacion : para que ésta cese es preciso que haya habido una ruina total. Siendo personal al enfiteuta la obligacion, si quiere transmitir su derecho á otro que no sea su heredero, de manera que él quede libre, y que el nuevo enfiteuta suceda en su obligacion, no puede hacerlo sin consentimiento del propietario. El uso ha hecho que los propietarios se hagan pagar este consentimiento que prestan para la transmision : uso convertido en derecho, y regularizado por Justiniano, que determinó sus formas, y fijó en la quincuagésima parte del precio del valor existimativo de la enfitéusis la suma que debia pagarse al propietario en cada enajenacion (1). Un derecho de preferencia, llamado tam-

(1) Este precio se ha llamado en adelante *laudemium*, probablemente de *laudare*, pedir ó dar adhesion, consentir.

bien derecho de retracto, derecho de prehension, se halla ademas concedido al propietario en caso de venta, si prefiere hacer la compra por su cuenta.

El derecho de enfitéusis, derecho real, desmembracion ámplia de la propiedad, se concibe muy bien, por el espíritu de análisis, independientemente de toda obligacion al pago de una renta; y para ser exacto, es preciso distinguirlo de ella con cuidado. Aun se concibe que de hecho pudo el derecho producirse de esta manera: por ejemplo, si hubiese sido establecido por un precio una vez pagado, ó por pura liberalidad. Pero históricamente, y por efecto de su objeto económico, esto aparece acompañado de la obligacion á pagar una renta. Aun en casos de concesion gratuita, siempre el propietario impone alguna renta, por pequeña que sea, aunque no sea más que en señal de su derecho de propiedad.

En cuanto á los hechos constitutivos que pueden dar orígen, ya al derecho real de enfitéusis, ya á las obligaciones que la acompañan, los contratos, las donaciones, los legados y la prescripcion se presentan como posibles en teoría. ¿Tuvieron todos una aplicacion práctica entre los romanos? Ésta es otra cuestion.—Nuestro texto habla suficientemente del contrato particular destinado especialmente, y segun uso, á este efecto: en otro tiempo, venta ó arrendamiento, segun la opinion de unos ú otros, á quienes dió Zenon una existencia, un nombre y una accion exclusivamente propias, y sin embargo, contado todavía en el número de los contratos consensuales del derecho civil.—Mas es preciso distinguir aquí con cuidado entre el derecho real y las obligaciones, y no perder de vista el principio de que el objeto único de los contratos es producir obligaciones entre los contratantes. No tiene, pues, otro efecto el contrato relativo al establecimiento de una enfitéusis, cuyo contrato obliga á las partes. Para que exista el derecho real se necesitan otros medios de establecimiento: en tiempo de Justiniano, la cuasi-tradicion (1).

La suerte de la enfitéusis, en las transformaciones históricas de la sociedad en los gobiernos europeos, hasta nuestros dias, y sus

(1) Se puede renovar aquí la controversia, expuesta en el t. I., pág. 383, nota 1, acerca del establecimiento de los derechos del usufructo y servidumbre.—Véase sobre todo la doctrina que acabamos de exponer en cuanto al enfitéusis: Dig. 6. 3. «*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.*—Cod. 4. 66. *De jure emphyteutico.*»—Nov. 7. c. 3. «*Quomodo emphyteusis ecclesiasticarum rerum contrahi permittitur.*»—Nov. 120. *De alienatione et emphyteusi et locatione..... rerum sacrarum.*

reflejos diversos en las instituciones feudales y consuetudinarias, son curiosos de estudiar.

El derecho de superficie (*jus superficiarum*, ó solamente *superficies*) tiene una grande semejanza con la enfitéusis, pero, sin embargo, se distingue de ella de un modo conocido. Puede suceder que el propietario de un terreno conceda á otra persona, pero sólo sobre la superficie ( *superficies*), es decir, sobre toda construccion levantada sobre el suelo, un derecho real análogo al que tiene el enfiteuta sobre el fundo enfitéutico. El superficiario (*superficiarius*) tiene de este modo, en cuanto á la superficie, una ámplia desmembracion de la propiedad. Esta concesion puede habérsele hecho gratuitamente, ó á título oneroso, con la carga de pagar un precio alzado, ó bien una renta periódica (*solarium pensio*). Para semejantes convenciones no hay contrato particular, sino sólo contratos ordinarios. Este derecho, y la proteccion que se le concede, son de orígen pretoriano (1).

IV. Item quæritur, si cum aurifice Titius conveniret ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret et acciperet, verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem; sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.

4. Se pregunta igualmente si cuando Ticio ha convenido con un platero en que éste de su oro ha de hacer á Ticio anillos de cierto peso y de cierta forma, y que de él ha de recibir, por ejemplo, diez escudos de oro, hay contrato de venta ó de arrendamiento. Casio dice que hay venta de la materia y arrendamiento del trabajo; pero se ha decidido que hay sólo contrato de venta. Que si Ticio hubiese suministrado su oro habiéndose convenido en un salario por la hechura, habria evidentemente arrendamiento

*Efectos del contrato de arrendamiento.*

Los efectos del contrato consisten en las obligaciones recíprocas que imponen las partes.

En el arrendamiento de cosas (*locatio-conductio rerum*) la obligacion principal del locator consiste en suministrar la cosa al locatario, para el uso ó beneficio convenidos, durante todo el tiempo prefijado. Los jurisconsultos romanos, para caracterizar mejor

(1) Dig. 43. 8, *De superficiebus.*

esta obligacion, tienen una expresion análoga á la usada para la venta: el locator debe proporcionar (*præstare*) al locatario (*re uti licere*, ó *re frui licere*) (1): lo que comprende la necesidad de asegurarlo contra las alteraciones y consecuencias de la eviccion. Ademas, se halla obligado á reembolsarle, siempre *ex æquo et bono*, las impensas necesarias y útiles hechas para la cosa (2).—La obligacion principal del locatario (*conductor*) consiste en pagar el precio del arrendamiento en los términos prefijados (3), y devolver la cosa al fin del arrendamiento (4). Sin embargo, tendria el derecho de obtener, *ex æquo et bono*, una disminucion proporcional al arrendamiento, si alguna causa fortuita y de fuerza mayor hubiese inutilizado ó hecho perecer, ántes de la prescripcion, una parte considerable de los frutos (*plus quam tolerabile est*) (5).—Hay un punto importante y digno de observacion, cual es que en el derecho romano el contrato de arrendamiento no ha sido nunca considerado como capaz de poder ser el orígen y la causa de una traslacion cualquiera de derecho real. La entrega de la cosa, á título de arrendamiento, no confiere al locatario (*conductor*) ningun derecho de esa naturaleza. Ni áun tiene la posesion de la cosa; porque no retiene sino por cuenta del propietario y como instrumento suyo. Todos sus derechos no son más que los producidos por el contrato; es decir, derechos de crédito contra el locator. Se disputa hoy si esta teoría se halla bien fundada; si no está en la naturaleza del arrendamiento, ya segun ideas verdaderamente racionales, ya al ménos segun los principios de nuestro Código civil, que sea orígen de un derecho real particular. Pero el derecho romano se ha mostrado completamente extraño á esta manera de ver las cosas.

En toda especie de arrendamiento, ya de cosas, ya de servicios, ya de la ejecucion de una obra (*operis*), los contratantes son mutuamente responsables, unos á otros, no sólo del dolo sino de cualquier falta. Deben aplicar á la ejecucion de sus obligaciones, no sólo los cuidados que acostumbran tener en sus propios negocios,

---

(1) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 9. pr. f. de Ulp. Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit: « *Ut ei præstetur, frui quod conduxit* licere.»—Ibid. 15. § 1. f. de Ulp.; 24 § 4 f. de Paul.

(2) Ibid. 55 § 1. f. de Paul.; 61. pr. f. de Scevol.

(3) Ibid. 54. pr. f. de Paul.

(4) Ibid. 48 § 1. f. de Marcel.

(5) Ibid. 15. §§ 2 á 7. f. de Ulp —25. § 5. f. de Gay.

sino los de un diligente padre de familia (1).—Las partes pueden, por lo demas, en el arrendamiento lo mismo que en la venta, modificar las reglas ordinarias del contrato por medio de pactos accesorios (*lex ó leges conductionis*); ó hacer que intervengan estipulaciones.—El párrafo que sigue se refiere á la observancia de estas cláusulas ó de estos pactos accesorios, y á la responsabilidad de las faltas.

V. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualis diligentissimus pater familias suis rebus exhibet: quam si præstiterit, et aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.

5. El locatario debe conformarse en todo á la ley del contrato; y sobre los puntos que en él se omitiesen, se arreglan sus obligaciones por la equidad. El que ha dado ó prometido un precio por alquiler de vestidos, plata labrada, ó una bestia de carga, debe aplicar á la custodia de las cosas alquiladas el cuidado que el más diligente padre de familia tiene en sus negocios; si ha puesto este cuidado, y por algun accidente pierde la cosa, no está obligado á su restitucion.

*Extincion del contrato de arrendamiento.*

El arrendamiento de cosas acaba regularmente cuando fenece el tiempo convenido (*impleto tempore conductionis*); pudiendo las partes renovar el arrendamiento; lo que se juzga que hacen tácitamente, si el locatario continúa á vista y presencia del arrendador, ó propietario, en la locacion (*remansit in conductione*); hay entónces lo que llamamos tácita reconduccion, «*taciturnitate utriusque partis reconduxisse videtur*», dice Ulpiano: «*tacito consensu eamdem locationem renovare videtur*», que se lee en un rescripto imperial (2). Si el arrendador enajena la cosa arrendada, sin imponer al que la ha adquirido la obligacion de mantener el arrendamiento, y sin traspasarle sus derechos en este particular, el arrendamiento tiene fin, en el sentido que ni el nuevo propietario por una parte, ni el locatario por otra, están obligados á sostener-

---

(1) Dig. 13. 6. *Commod.* 5. § 15. *in fine.* f. de Ulp.—19. 2. *Locat. cond.* 25. § 7. «Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset.» f. de Gay.—Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 28. const. de Dioclec. y Maxim. «In judicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.»

(2) Dig. 19. 2. *Locat. conduct.* 13. § 11, y 14. f. de Ulp.— Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 16. const. de Valerian. y Gallien.

lo. Ni han contratado entre sí, ni, por consiguiente, se hallan entre sí ligados. «*Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit; nisi ea lege emit*» (1). Queda, sin embargo, á salvo al locatario expulsado por el nuevo propietario su recurso de daños y perjuicios contra el locator ó sus herederos (2). Este principio se aplica áun al caso de legados (3).—Hay ademas algunas causas particulares que pueden autorizar á una ú otra de las partes á hacer invalidar el contrato: por ejemplo, si el locatario ha estado dos años sin pagar el precio del arrendamiento (4); si usa mal de la cosa (*male in re locata versatur*); si el propietario prueba que él mismo tiene indispensablemente necesidad de ella (5), ó si el locatario por su parte se halla impedido de obtener de la cosa la utilidad convenida (6).—Estas diferentes reglas, relativas al fin, resiliacion ó invalidacion del contrato de arrendamiento, no son aplicables al arrendamiento de servicios ó de obras, sino con las modificaciones reclamadas por la naturaleza particular de estas especies de contrato.

VI. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.

6. Si el locatario muere durante el arrendamiento, su heredero le sucede en la locacion.

Ni la muerte del locatario (*conductor*), ni la del arrendador (*locator*), ponen fin al contrato (7). Su heredero continúa su persona y sucede en sus obligaciones lo mismo que en sus créditos; nada impide, en la naturaleza del arrendamiento, que tenga lugar esta sucesion. — Pero esto sólo se aplica al arrendamiento de cosas. Respecto del arrendamiento de servicios (*operarum*), el contrato acaba con la muerte del que ha alquilado su trabajo, porque con él perece tambien la cosa alquilada. Sucede lo mismo en la muerte del empresario, en el arrendamiento de una obra que se ha de ejecutar (*operis*).

---

(1) Cod. ibid. 9. const. de Alejand.
(2) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 25. § 1. f. de Gay.
(3) Ibid. 32. f. Julian.
(4) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 54. § 1; y 56. f. de Paul.
(5) Cod. 4. 65. 3 *De locat. et cond.* 3. const. de Anton.
(6) Dig. 19. 2. *Locat. cond.* 13. § 7. f. de Ulp.; y 27. § 1. f. de Alfen.—24. § 4. f. de Paul.; y 60. pr f. de Labeon
(7) Cod. 4. 65. *h. tit.* x. const. de Gordian.—Dig. ibid. 19. § 8. f. Ulp.; y 32. f. Julian.

ACCIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Las acciones que nacen del contrato de arrendamiento son: la accion *locati* para el locator (*locator*), y la accion *conducti* para el locatario (*conductor*). Acciones de buena fe, que, por la extension que les da este carácter, sirven para reclamar todos los resultados que se derivan equitativamente (*ex æquo et bono*) del contrato ó de sus pactos accesorios. — Si las partes hubiesen garantido algunas de sus obligaciones por medio de estipulaciones, tendrian, además, las acciones que nacen de las estipulaciones.

Hallamos en el edicto del pretor una accion é interdictos particulares, que se refieren al arrendamiento de bienes rurales ó de casas, y que tienen por objeto, no ya la reclamacion de los derechos personales de obligacion que resultan del contrato, sino la de ciertos derechos reales, dados en seguridad de la ejecucion de estas obligaciones. — Respecto del arrendamiento de los bienes rurales: 1.° La accion serviana (*serviana actio*), introducida por el pretor Servio, accion real (*in rem*), por medio de la cual el locator de un fundo rural reclama, ya contra el arrendatario, ya contra todo tercero detentador, los objetos del arrendatario, especialmente obligados al pago del arrendamiento, para obtener la restitucion de ellos, si no se quiere mejor pagarle (1). Esta accion es notable, porque es el orígen de la accion hipotecaria. 2.° El interdicto Salviano (*interdictum salvianum*), introducido por el pretor Salviano, por medio del cual el locator de un fundo real reclama los mismos objetos para hacerse dar la posesion de ellos *adipiscendæ possessionis causa* (2). Esta accion y este interdicto son exclusivamente propios del arrendamiento de bienes rurales; é importa observar que se aplican, no á todas las cosas que lleva el arrendatario á la finca arrendada, sino sólo á las que han sido obligadas por convencion especial, lo mismo que á los productos del fundo. — En cuanto al arrendamiento de las casas, se extendió á ellas con posterioridad la accion serviana, bajo las calificaciones de accion útil, ó de accion cuasi-serviana ó hipotecaria (*quasi-servia-*

(1) Lib. 4. tít. 6. § 7.

(2) Lib. 4. tít. 15. § 3.—Gay. Com. 4. § 147.—Dig. 43. 33; y Cod. 8. 9. *De salviano interdicto.*

*na, hypothecaria actio*), y ha sido aplicada á todos los objetos llevados á la casa por el locatario, cuyos objetos han sido considerados como obligados tácitamente en seguridad del alquiler (1). — Por su parte el locatario de una cosa, que ha pagado lo que debia por alquiler y cumplido todas sus obligaciones, tiene contra el arrendador ó propietario un interdicto especial, cuyo texto nos ha conservado el Digesto : el interdicto *de migrando*, para impedir al arrendador que ponga obstáculo á que salga con todos los objetos que le corresponden (2).

El contrato formado para el establecimiento de una enfitéusis produce, desde la constitucion del emperador Zenon, en beneficio tanto del uno cuanto del otro contratante, una accion particular, *actio emphyteuticaria*, por la cual pueden reclamar uno contra otro la ejecucion de las obligaciones que han contraído. — Una vez establecido el derecho real de enfitéusis, aunque el enfiteuta no sea propietario, se le concede, por la proteccion de este derecho, pero sólo bajo la calificacion de *acciones útiles*, las acciones atribuidas comunmente al propietario (*utilis vindicatio, utilis Publiciana, utilis confessoria vel negatoria*, etc.); y puede ejercitar esta vindicacion útil áun contra el propietario. En efecto, el derecho romano no ha distinguido nunca claramente, como puede y debe hacerlo la ciencia analítica, el derecho real de enfitéusis, y no lo protege sino por medios indirectos, por analogía con la propiedad.

El mismo favor se concedia al superficiario (3).

## TITULUS XXV.

### DE SOCIETATE.

## TITULO XXV.

### DE LA SOCIEDAD (4).

Várias personas pueden convenir en que ha de haber entre ellas una cierta comunidad de bienes. Esta convencion, que en su principio sólo ha debido verificarse como una operacion puesta en ejecucion por las partes, como lo indican las expresiones *in societatem*

(1) Dig. 29. 2. *In quibus causis ping.* 4. f. Nerat.—Cod. 4. 65. *De locat. et cond.* 5. const. de Alejandro.

(2) Dig. 43. 32. *De migrando.*

(3) Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphiteuticarius petatur.*— Dig. 6. 1. *De rei vindicat.* 73 á 75. f. Ulp. y Paul. — 6. 2. *De public. in rem. act.* 12. § 2. f. Paul. — 8. 1. *De servitut.* 16. f. Julian. — 43. 18. *De superfic.* 1. §§ 3 y 4. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 3. §§ 148 y sig. — Paul. Sent. 2. 16. *Pro socio.* — Dig. 17. 2; y Cod. 4. 37. *Pro socio.*

*coire*, fué desde luégo admitida por el derecho civil romano, como obligatoria por el solo consentimiento de las partes. Por consiguiente, corresponde á la clase de los contratos consensuales, bajo el nombre de contrato de sociedad (*societas*). Produce entre los asociados obligaciones recíprocas (*ultro citroque*), que deben apreciarse segun la buena fe (*ex æquo et bono*); y que son, no distintas en dos representaciones diferentes, como en la venta y en el arrendamiento, sino de una misma naturaleza para todos. Así los contratantes tienen todos el mismo nombre: asociados (*socii*), y el contrato se halla provisto de una sola y única accion: la accion *pro socio*, que se da á cada uno de ellos.

La sociedad puede distinguirse en muchas especies, segun la naturaleza ó la extension de los bienes que forman el objeto de ella.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique.

Se forma ordinariamente una sociedad, ya de todos los bienes, llamada especialmente por los griegos κοινοπραξίαν, ya para una negociacion determinada, como, por ejemplo, para comprar y vender esclavos, aceite, vino ó trigo.

Este texto, tomado de la Instituta de Gayo, indica la division principal de las sociedades en dos clases, segun que son universales ó particulares. Pero ocurren sus divisiones; y si adoptamos las que nos presenta Ulpiano, distinguirémos cinco especies de sociedades:

1.° *Societas universorum bonorum:* Sociedad universal de todos los bienes, por la cual todos los bienes de los contratantes, de cualquier manera que los hayan adquirido ó que los adquieran, con tal que sea de un modo lícito, se ponen en comun. Esta sociedad produce el efecto singular de que en el instante mismo del contrato, y sin ninguna tradicion, la propiedad y los derechos reales que tenía cada socio se comunican entre todos ó á todos. « *In societatem omnium bonorum omnes res quæ cocuntium sunt, continuo communicantur; quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* » (1);

2.° *Societas universorum quæ ex quæstu veniunt:* Sociedad uni-

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 1. § 1. f. Ulp.; 2. f. Gay.; 3. pr. y § 1. f. Paul.

versal de todas las ganancias, ó para usar una palabra que se acerca más á su orígen latino, sociedad universal de adquisicion (*quæstuum*): lo que comprende todos los beneficios que procedan de los actos y las operaciones de los asociados, con tal de que sean lícitas: « *Quæstus enim intelligitur*, dice el jurisconsulto Paulo, *qui ex opera cujusque descendit* »; como, por ejemplo, compras, ventas, arrendamientos ú otros actos; pero no herencias, legados ó donaciones, porque en esto no se descubre obra del asociado. Esta sociedad se reputa siempre formada cuando las partes no han determinado nada (1);

3.° *Societas negotiationis alicujus*: formada para algun negocio determinado, como lo explica nuestro texto;

4.° *Societas vectigalis*: para el arrendamiento de las rentas públicas (*vectigal*); la que no es más que una especie particular de la sociedad anterior, colocada aparte, porque tiene algunas reglas especiales;

5.° *Societas rei unius*: cuando un solo objeto ó algunos objetos determinados se ponen en comun (2). Pero la propiedad de ellos no se comunica por el solo efecto del contrato: en este punto se permanece en las reglas ordinarias relativas á la adquisicion (3).

Por lo demas, lo que ponen los socios pueden ser partes iguales ó desiguales, y consistir en cosas de una misma ó de diferente naturaleza: dinero, objetos corpóreos, créditos, y áun sólo trabajo ó industria (4), con tal que no se trate de cosas ó actos ilícitos ó inmorales. « *Generaliter enim traditur*, dice Ulpiano, *rerum inhonestarum nullam esse societatem* » (5).

Las obligaciones principales de los asociados, unos respecto de otros, consisten en presentar la parte que á cada uno corresponde, ó el trabajo ó la industria prometidos por ellos á la sociedad, y repartir entre ellos, en la proporcion establecida, las ganancias ó las pérdidas. — Los tres párrafos que siguen exponen la manera con que puede establecerse esta proporcion.

---

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 7 á 13 f. de Ulpian. y de Paul.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 5. pr.; y 7. f. Ulp. « Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius. » — « Si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt. »

(3) Ibid. 58. pr. y § 1. f. Ulp.

(4) Ibid. 5. § 1. f. Ulp.

(5) Ibid. 57. f. Ulp.

I. Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duæ partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.

1. Si la convencion no ha fijado las partes de los asociados en las ganancias y en las pérdidas, estas partes serán iguales. Si se han fijado, habrá que atenerse á lo fijado. Nunca, en efecto, se ha dudado de la validez de esta convencion, que de dos asociados, el uno tenga las dos terceras partes de ganancias y pérdidas, y el otro sólo una tercera.

*Æquales scilicet partes:* lo que debe entenderse indudablemente, en derecho romano, de una igualdad absoluta: es decir, de una parte viril igual para cada asociado, y no de lo que se llama una igualdad proporcional á lo que haya puesto cada uno : interpretacion que algunos comentadores se han empeñado vanamente en introducir. En efecto, el fragmento de Ulpiano, que reproduce la regla enunciada en nuestro texto, explica, sin réplica posible, el sentido de las palabras *æquas partes;* y en una multitud de diferentes fragmentos las encontramos con la misma acepcion (1). Estas palabras dicen, no que las partes sean proporcionales, ó, si se quiere, iguales á lo puesto, sino que sean iguales entre sí. Por otra parte, uno ó muchos de los asociados pueden no haber puesto más que su trabajo, que su industria : en este caso, ¿cómo aplicar la regla de la igualdad proporcional á falta de convencion? Esto no sería posible sino en el caso de que la jurisprudencia romana hubiese, como nuestro Código civil (artículo 853), atribuido un valor legalmente presunto á la imposicion ó puesta industrial : mas esto es lo que aquélla no ha hecho en ninguna parte.

Por lo demas, los asociados pueden convenir en partes desiguales : esto no se ha dudado nunca, dice nuestro texto : «*Nec enim unquam dubium fuit*», lo que Ulpiano, sin embargo, no justifica sino en cuanto unos hayan llevado á la sociedad más que otros, ya en dinero, ya en industria, ó ya en cualquiera otra cosa (2).

II. De illa sane conventione quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Seium duæ partes damni, lucri ter-

2. Pero se ha promovido cuestion acerca de la convencion siguiente: Habiendo convenido Ticio y Seyo, que al primero correspondenian los dos tercios de la ganancia y el ter-

---

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 29. pr. f. Ulp.; 6. f. Pomp.; 76. f. Procul. — 6. 1. *De rei vindict.*, 8. f. Paul. — 34. 5. *De reb. dub.* 7. § 2. f. Gay. — 36. 1. *Ad S. C. Trebell.* 23. f. Julian. — 39. 2. *De damn. infect.* 15. § 18; y 40. § 4. f. Ulp. — 46. 3. *De solut. et liber.* 5. § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 29. pr. f. Ulp.

tia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, cujus sententia prævaluit, contra sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententia obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum, allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse.

cio de la pérdida, y á Seyo los dos tercios de la pérdida y el tercio de la ganancia, ¿esta convencion deberá sostenerse? Quinto Murcio la consideraba como contraria á la naturaleza de la sociedad; y, por consiguiente, como incapaz de sostenerse. Servio Sulpicio, cuya opinion ha prevalecido, juzgaba lo contrario: porque frecuentemente la industria de ciertos socios es de tal modo estimable para la sociedad, que es justo admitirlos bajo mejores condiciones. En efecto, no se duda que pueda formarse una sociedad de tal manera que el uno ponga en ella dinero sin que el otro lo ponga, y que, sin embargo, sea comun entre ellos la ganancia: porque frecuentemente la industria de un hombre equivale al dinero. De esta manera, la opinion contraria á la de Quinto Mucio ha prevalecido de tal modo, que áun es constante que se pueda convenir en que uno de los socios tenga parte en el beneficio sin tenerla en la pérdida. Esto debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que si ha habido beneficio en algun negocio y pérdida en otro, se haga compensacion, y el residuo sólo se contará como beneficio.

Resulta de este párrafo, y segun controversia habida entre los jurisconsultos romanos, que los contratantes pueden convenir en tes diferentes en la pérdida que en la ganancia; ó áun convenir que uno ó algunos de ellos participáran de la ganancia sin participar de la pérdida. — Pero la sociedad en que uno de los socios fuese absolutamente excluido de los beneficios, sería nula. Sería la sociedad del leon con los demas animales de la fábula: por eso los jurisconsultos romanos la llamaban sociedad leonina (*leonina*) (1).

III. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.

3. Es evidente que si la convencion no ha expresado más que la parte en un solo sentido, por ejemplo, en la ganancia ó en la pérdida sólo, la parte, en el sentido que se omite, es la misma.

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 29. §§ 1 y 2. f. Ulp.; y 30. f. Paul.

En vez de fijar las partes, los mismos contratantes podrian someter esto al arbitrio de un tercero; y la determinacion de éste sería observada, á ménos que fuese manifiestamente contraria á la equidad (1).

La sociedad es un contrato complejo, que contiene por fuerza entre los socios una especie de mandato, de autorizacion tácita de administrar, unos por otros, los bienes é intereses puestos en comun; y áun la necesidad de un mandato expreso, cuando se trata de salir ó traspasar los límites de los actos de pura administracion, ó de confiar la gestion á uno ó algunos de los asociados exclusivamente. Mas los principios del derecho romano acerca del mandato, y, en general, acerca de todo lo que se refiere á la representacion de una persona por otra en los actos jurídicos, tienen en esta materia su influjo; y es preciso distinguir con cuidado la consecuencia de los actos con respecto á los asociados, ya entre sí, ya en sus relaciones con terceras personas. — 1.° Respecto de los socios entre sí: el que ha administrado, en un punto cualquiera, por la sociedad, tiene contra cada uno de los demas, en proporcion á la parte de cada uno de éstos, derecho para hacerse indemnizar de los gastos, obligaciones, y en general de todas las pérdidas personales que haya experimentado por razon de la sociedad (2). Por su parte está obligado hácia cada uno de sus consocios á dar cuentas y á participar á cada uno, con arreglo á su parte, el provecho obtenido, y restituir con intereses lo que hubiese empleado en provecho suyo, ó lo que estuviese en el caso de traer (3). Los unos y los otros son responsables entre sí, no sólo del dolo, sino tambien de sus faltas; sin embargo, la falta (*culpa*, *desidia*, *negligentia*) no se apreciará respecto de él por la exactitud y cuidados del padre de familia más diligente, sino por su diligencia personal en sus negocios propios, como nos lo explica el último párrafo de nuestro texto, tomado de Gayo (4). — 2.° Respecto de los socios en sus relaciones con terceras personas, al principio romano de que las obligaciones no pueden contraerse ni de un modo activo ni pasivo por persona intermedia; que el crédito

(1) Ibid. 6. f. Pompon.; y 76 á 80. f. Procul. y Paul.

(2) Ibid. 27. 28 y 38. f. Paul.; 52 §§ 4, 12 y 15. f. Ulp.; 60. § 1. f. Pomp.; 61. f. Ulp.; 65. § 13 y 67. pr. y § 2. f. Paul.

(3) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 21 y 52. f. Ulp.; 74. f. Paul. — 69. pr. f. Pomp.; y 22. 1. *De usur*. 1. f. Papin. Véase por tanto: Dig. *h. tit*. 67. f. Paul.

(4) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 52. §§ 1, 2 y 3. f. Ulp.; 72. f. Gay.

y la obligacion sólo existen entre aquellos mismos que han sido partes en el contrato que les ha dado orígen ; este principio, repito, recibe su aplicacion en la sociedad. Así por regla estricta : por una parte el socio que ha contratado con un extraño tiene sólo contra éste los derechos y las acciones que resultan del contrato; y por el contrario, el extraño sólo contra él tiene accion. Esta regla es invariable, y no se da accion ni á los socios contra un tercero, ni á éste contra los socios, sino con arreglo á las modificaciones comunes introducidas por la jurisprudencia y por el derecho pretoriano en el derecho estricto. Por ejemplo, para los socios, si no pueden salvar sus intereses, sino procediendo ellos mismos contra el tercero (1) ; ó para el tercero, si la cosa se ha convertido en provecho de los socios (2), si el que es administrado puede ser considerado como su encargado (*institor* ó *exercitor*) (3), y en general en todos los casos en que se concedan acciones útiles ó pretorianas en semejantes circunstancias. — Por lo demas, el contrato de sociedad sólo existe entre los que lo han formado. Si, pues, uno de los socios se sustituye ó asocia un tercero, cuyo negocio resolverán entre sí por los medios ordinarios, ya del contrato que hayan hecho, ya de la cesion de acciones; pero que no produce ningun vínculo de derecho para los demas socios ; porque, como dice Ulpiano, «*socii mei socius meus socius non est*» (4).

El contrato de sociedad puede recibir variedades diversas : puede formarse sin limitacion de término, ó bien hasta cierto tiempo ó desde cierto tiempo, ó áun bajo de condicion. «*Societas coïri potest vel in perpetuum, in est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione*», dice Ulpiano (5). Pero no hay sociedad eterna : «*Nulla societatis in æternum coïtio est*», segun la expresion de Paulo (6) : en el sentido de que independientemente de una multitud de causas que puedan disolverla, ninguno de los socios

---

(1) Dig. 14. 3. *De instit. act.* 1. f. Ulp. ; y 2. f. Gay.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 82. f. Papin «Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur : nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.»

(3) Lib. 4. tit. 7. *Quo cum eo contractum est.* Dig. 14. 1. *De exercitoria actione ;* y 14. 3. *De institoria actione.*

(4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 19 á 23. f. Ulp. y Gay.

(5) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 1. pr. f. Ulp.—Justiniano, en la constitucion 6 del Código (4. 37. *Pro socio*), nos presenta como habiendo producido duda entre los antiguos la cuestion de saber si una sociedad podia formarse bajo condicion ; y la resuelve afirmativamente.

(6) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 70. f. Paul.

puede ser obligado á continuar en ella contra su voluntad: «*In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*»; y que toda cláusula contraria se considera como no puesta (1). En efecto, la naturaleza de este contrato exige una conformidad comun, una buena inteligencia permanente entre los socios; desde que deje de haber este comun acuerdo, aunque sea por uno solo, puede retirarse y disolver así la sociedad: quedando, sin embargo, responsable si lo hace fraudulentamente ó sin necesidad, ó en una época perjudicial para los demas.

Las causas de disolucion de la sociedad las resume lacónicamente Ulpiano en los términos siguientes: «*Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas*» (2). *Ex personis:* si uno de los socios ha muerto ó se le considera como tal en la ciudad por la grande ó media disminucion de cabeza, ó por cualquiera otra causa. *Ex rebus:* cuando la cosa ó la operacion que forma el objeto de la sociedad ha perecido, no se encuentra ya en el comercio ó se halla terminada. *Ex voluntate:* cuando uno de los socios renuncia (*renuntiare*) á la sociedad. *Ex actione:* cuando, ya por estipulacion, ya por la organizacion de una instancia con el objeto de disolver la sociedad, se verifica una novacion (3). Añádese *ex tempore*, cuando el tiempo por el cual se ha formado la sociedad ha fenecido; pues entónces cada socio se halla en libertad de retirarse, sin responsabilidad ninguna por ello, porque no hace más que usar de su derecho (4). Los cinco párrafos que siguen explican estos diversos modos de disolucion.

IV. Manet autem societas quosque donec in eodem consensu perseveraverint; at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: veluti si tutorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc

4. La sociedad dura en tanto que los socios perseveren en el mismo acuerdo; pero desde que uno de ellos renuncia la sociedad, ésta se disuelve. Sin embargo, si ha hecho esta renuncia de mala fe, para aprovecharse él solo de un beneficio que se le presenta, por ejemplo, si asociado en todos los bienes renuncia la sociedad para aprovecharse él solo del beneficio de una herencia que se

(1) Cod. 3. 37. *Comm. divid.* 5. const. de Diocl. y Maxim.—Dig. 17. 2. *Pro socio.* 14. f. Ulp.
(2) Dig. ibid. 63. § 10. f. Ulp. Véase tambien 64. f. Calistrat.; 65. f. Paul.; y 4. § 1. f. Modestin.
(3) Dig. 17. 2. *Pro socio.* pr. f. Paul.—Añádase Gay. Com. 3. § 180.
(4) Ibid. 65. § 6. f. Paul., combinado con el § 10.

renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.

le haya dejado, será obligado á hacer comun dicho beneficio. Pero si le sucede que obtenga alguna otra ganancia que no se haya propuesto en su renuncia, él sólo se aprovechará de ella. En cuanto á aquel que ha renunciado todo lo que con posterioridad adquiera, él solo lo adquiere.

El acto por el cual un socio notifica á sus consocios que se retira de la sociedad se llama *renuntiatio* (1).—El texto nos da un ejemplo de la renuncia fráudulenta, es decir, de la que se hace *callide, dolo malo*. Es necesario asimilar la renuncia intempestiva, es decir, la que se hace sin necesidad, ya en ocasion en que es perjudicial á la sociedad: «*eo tempore, quo interfuit sociis non dirimi societatem*», ya ántes del tiempo convenido, en el caso de que la sociedad se haya formado por tiempo determinado. Paulo resume los efectos de una renuncia, tanto fraudulenta cuanto intempestiva, diciendo, segun Casio, que el que hace semejante renuncia deja libres á sus consocios con respecto á él, sin quedarlo él respecto de ellos: «*Socium a se, non se a socio liberat*» (2).

V. Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit. Sed etsi consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit.

5. La sociedad se disuelve tambien por la muerte de un socio, porque el que forma una sociedad sólo se liga con persona de su eleccion. Y si hay más de dos socios, la muerte de uno sólo disuelve la sociedad, aunque muchos sobrevivan; á ménos que en el contrato no se convenga en lo contrario.

Consentir en formar una sociedad con muchas personas reunidas no es consentir en formarla con una ó alguna de estas mismas personas por separado. Por consiguiente, la separacion ó la muerte de uno solo de los socios disuelve la sociedad; á ménos, sin embargo, que no se hubiese convenido lo contrario en el contrato de sociedad (*nisi in coeunda societate aliter convenerit*); es decir, á ménos que no se hubiese convenido que la sociedad continuaria entre los socios restantes: porque entónces hubiera habido manifestacion y conformidad de voluntad en este punto, y principiaria, en

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*, 4. § 1. f. Modestin.; 18. f. Pomp.; 63. *in fine*. Ulp.
(2) Ibid. 65. § 3 á 7.

verdad, una nueva sociedad (1). Pero no se podria válidamente convenir para en adelante en que la sociedad continuaria con los herederos del socio difunto: «*nec ab initio pacisci possumus, ut heres (etiam) succedat societati*»; porque la naturaleza de la sociedad repugna que se ligue cualquiera, por semejante contrato, con personas inciertas (2). Los herederos suceden sólo en los derechos activos ó pasivos, ya adquiridos en la sociedad, en el momento de la muerte del socio que hubiese fallecido (3).—Habrá en este particular una doble excepcion en favor de la sociedad formada para el arrendamiento de los impuestos públicos (*societas vectigalis*): en cuanto que, 1.°, los herederos, en beneficio ó en pérdida, tenian parte en el resultado de las operaciones áun posteriores al fallecimiento de un socio; y 2.°, á que podian haberse convenido ántes válidamente en que la sociedad continuaria con ellos (4).

VI. Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.

6. Si la sociedad ha sido formada para un solo negocio, el término de este negocio pone tambien fin á la sociedad.

VII. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.

7. Es evidente que la sociedad se disuelve tambien por la confiscacion: bien entendido que sea la que comprende la universalidad de los bienes de un socio. Porque este socio, reemplazado por un sucesor, se reputa muerto.

VIII. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, et ideo propter publica aut privata debita substantia ejus vendeat, solvitur societas. Sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

8. Del mismo modo, si uno de los socios, abrumado con el peso de sus deudas, hace cesion de bienes, y que, por consiguiente, sea vendido su caudal para satisfacer las deudas públicas ó privadas, si las mismas personas se conforman en continuar en sociedad, principia una nueva sociedad.

Sabemos que la persona jurídica de un ciudadano romano podia ser destruida en su individuo, y trasladada á un sucesor, no sólo por consecuencia de su muerte, sino áun en vida suya. Tal era el efecto de la máxima y media disminucion de cabeza, ó de la confiscacion universal de los bienes (*publicatio*), que era su con-

(1) Ibid. 65. § 9. f. Paul.
(2) Ibid. 59. f. Pomp.; 35, f. Ulp.
(3) Ibid. 35 y 63. § 8. f. Ulp.
(4) Ibid. 59. f. Pomp.; y 63. § 8. f. Ulp.

secuencia (1), y quedaba al que sufria la condenacion del fisco por sucesor. Tal era tambien en otro tiempo el efecto de aquellas ventas de bienes en conjunto, que se hacian en reclamacion y beneficio, ya del tesoro público (*sectio bonorum*), ya de los particulares (*emptio bonorum*); la primera contra el condenado criminalmente á una pena que llevase consigo confiscacion (*damnatus et proscriptus*); la segunda, que ya hemos explicado, contra el deudor que se hubiese fugado fraudulentamente, ó que, condenado por sentencia, no se hubiese ejecutado en el plazo determinado, ó áun contra aquel que, en virtud de la ley Julia, hubiese hecho cesion de sus bienes (*cessio bonorum*) (2). Estas especies de ventas, lo mismo que la confiscacion universal, realizaban una sucesion: podia decirse que la persona jurídica del socio habia perecido en él y pasado á un tercero; por consiguiente, la sociedad se disuelve *ex persona*. La Instituta de Gayo las pone en el número de las causas de disolucion (3). Pero se observará que en tiempo de Justiniano, en que habian cesado las ventas del patrimonio en su totalidad, no nos habla nuestro texto más que de la confiscacion (*publicatio*), ó de la cesion de los bienes (*si bonis suis cesserit*). La venta de los bienes disuelve la sociedad, no ya como destruyendo la persona del socio, sino sólo por privarle de toda su fortuna: «*dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione, et egestate*», segun Modestino (4).

En estos diversos casos, la sociedad puede renovarse por una nueva conformidad de voluntades (*si adhuc consentiant*), no sólo entre los socios restantes, sino áun entre éstos y el socio cuyos bienes han sido todos confiscados ó cedidos á los acreedores. Ésta es una nueva sociedad que se forma, en la cual este último es admitido por su trabajo ó su industria. Esto es verdadero áun respecto de la media disminucion de cabeza (5), pues siendo la sociedad de derecho de gentes, puede formarse áun con extranjeros.

---

(1) Dig. 48. 20. *De bonis damn.* 1. pr. f. Calistrat.
(2) CICERON. *Verr.* 1. § 20.—ASCONIO. *Ad Cicer. Verr.* §§ 20 y 23.—TIT. LIV. 38. 60.
(3) Gay. Com. 3. §§ 153 y 154.
(4) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 4. § 1. f. Modest.—63. § 10. f. Ulp.; 65. §§ 1 y 12. f. Paul.
(5) Gay. Com. 3. §§ 153 y 154.

## ACCIONES RELATIVAS Á LA SOCIEDAD.

La accion producida por el contrato de sociedad es la accion *pro socio*, accion de buena fe (*bonæ fidei*), que nace directa é inmediatamente de la convencion, y que se da á cada uno de los socios contra cada uno de los otros en reclamacion de sus obligaciones respectivas. Así la ejecucion de todas las obligaciones que resultan *ex æquo et bono*, tanto del contrato como de sus pactos accesorios, se reclama por la accion *pro socio*. Hacerse indemnizar por sus consocios, por cada uno segun su parte, de los gastos que se hubiesen hecho, de los perjuicios que se hubiesen experimentado, ó de las obligaciones que se hubiesen contraido en nombre de la sociedad; hacer que ellos den cuenta y que se repartan en proporcion á la parte que en ellas se tiene, los frutos, los objetos, las acciones de crédito, los productos de todo género que han sacado de la cosa comun, con intereses, si há lugar á ellos; hacer reparar el perjuicio ocasionado por su dolo, por culpa suya, por su separacion fraudulenta ó intempestiva; y en fin, áun hacer que se disuelva la sociedad (1): todo esto puede ser objeto de la accion *pro socio*. Es preciso observar que en esta accion no se procede en nombre de un sér moral, la sociedad, ni en contra de este sér moral, sino en propio nombre, y contra cada uno de los socios individualmente y con arreglo á la parte de cada uno. — En cuanto á la presentacion de las culpas, nos referimos en este lugar al párrafo siguiente de nuestro texto.

IX. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ id est desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est? Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet.

9. ¿El socio está obligado á su consocio, por la accion *pro socio*, á responder del dolo solamente como el depositario, ó áun de la culpa, es decir, de su incuria y negligencia? Esto se ha dudado. Sin embargo, ha prevalecido que estará obligado áun por su culpa. Pero esta culpa no debe medirse por la diligencia más exacta. Basta, en efecto, que el socio ponga en las cosas de la sociedad todo el cuidado que habitualmente pone en sus propios negocios. Porque el que ha admitido á un socio poco diligente, á él solo debe culparse.

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 65. pr. f. Paul.

La accion *pro socio* tiene dos caractéres particulares y dignos de ser notados, que nos muestran bajo qué punto de vista moral habian considerado los jurisconsultos romanos el vínculo formado entre socios. Partiendo del principio de que este vínculo establece una especie de fraternidad «*cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat*», habian decidido que los socios no pueden ser condenados unos respecto de otros, sino cada uno hasta donde alcancen sus medios : «*in quantum facere potest*» (1). Esto es lo que se llama el beneficio de competencia. Y por otra parte, el edicto del pretor habia puesto en el número de las personas notadas de infamia al asociado que, demandado por la accion *pro socio*, hubiese sido condenado : «*qui pro socio damnatus erit*» (2).

Ademas de la accion *pro socio*, pueden tambien tener los socios unos contra otros la accion *communi dividundo*. Importa mucho no confundir entre sí estas dos acciones. La accion *pro socio* tiene por objeto obtener de su consocio el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad le impone; la accion *communi dividundo* tiene por objeto hacer distribuir la cosa comun. La primera se refiere á todas las prestaciones personales á que los socios se hallan obligados, ya se trate de cosas corpóreas ó incorpóreas, de deudas (*nomina*), ó de hechos, y tiende á obtener condenacion. La segunda se dirige, como punto esencial y principal, á obtener la adjudicacion, es decir, la atribucion á cada socio, por sentencia del juez, de la propiedad exclusiva de la parte que le corresponde. Así Paulo tiene razon en decir que la accion *communi dividundo*, á pesar de la existencia de la accion *pro socio*, era indispensable. «*Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem* (3). En resúmen, la accion *pro socio* hace ejecutar y cumplir el contrato de sociedad; la accion *communi dividundo* hace que cese la comunidad, al ménos en cuanto á la cosa distribuida.—Observemos, sin embargo, que la

---

(1) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 63. pr. y § 1 á 3. fr. de Ulp.—42. 1. *De re judic.* 16. f. Ulp.

(2) Dig. 3. 2. *Qui not. infam.* 1. f. Julian., donde se halla el texto del edicto; y 6. § 6. f. Ulp.—Gay Com. 4. § 182; y lib. 4, tit. 16. § 2. de este tomo.

(3) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 1. f. Paul.—Véase tambien Dig. 17. 2. *Pro socio.* 43. f. Ulp. «Pro socio actio..... et nominum rationem habet, et adjudicationem non admitit.» Los créditos ó deudas (*nomina*) no permiten la adjudicacion; por consiguiente no pueden ser objeto de una accion *communi dividundo.* Pero por la accion *Pro socio* obtendrán los socios, unos de otros en este caso, la rendicion ó dacion de cuenta, y cesion de su parte de accion.

accion *communi dividundo* puede intentarse, no sólo al fin de la sociedad, para hacer la distribucion de las cosas comunes, sino áun durante la sociedad, para hacer distribuir un solo objeto ó algunos objetos en particular, si el contrato es tal que deba tener lugar semejante distribucion. — Observemos tambien que la accion *communi dividundo*, aunque la atribucion principal del juez sea hacer adjudicacion, debe, ademas, tener en cuenta las indemnizaciones que por una causa cualquiera y con motivo de la cosa distribuida, pudieran deberse entre sí los socios, y que en este punto puede pronunciar fallos condenatorios. — En fin, por consecuencia de estas dos observaciones, establezcamos el principio de que la accion *pro socio* y la accion *communi dividundo* pueden existir acumulativamente sin excluir una á otra; de tal manera, sin embargo, que en los puntos que le son comunes ninguno obtiene por una de estas dos acciones lo que ya ha obtenido por la otra (1).

Si los actos cometidos por uno de los socios en la cosa comun fuesen capaces por su naturaleza de dar orígen á acciones particulares, como, por ejemplo, si constituyen delitos como robo, rapto ó perjuicio injustamente causado, tendrian los socios, independientemente de la accion *pro socio*, las acciones que procediesen de estos hechos: por ejemplo, la accion *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquillæ* y otras: siempre de manera que no se obtenga dos veces una misma cosa (2). En fin, dirémos lo mismo de las acciones que nacen de la estipulacion, si los socios hubiesen revestido de esta forma algunas de sus obligaciones (3).

## TITULUS XXVI. — TÍTULO XXVI.

### DE MANDATO. — DEL MANDATO (4).

Ya conocemos el principio del estricto derecho civil de los romanos, de que ninguno puede hacerse representar por otro en actos

(1) Sobre todos estos puntos consúltese: Dig. 17. 2. *Pro socio*. 31 y 32. f. Ulp.; 38. § 1. Paul.; 43. f. Ulp.—Y Dig. 10. 3. *Comm. divid*. 1. f. Paul.; 2. f. Gay. y 3. f. Ulp.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio*. 45 á 51. f. Ulp. y Paul.

(3) Ibid. 41 y 42. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 3. §§ 115 y sig.—Paul. Sent. 2. 15. *De mandatis*.—Dig. 17. 1.; y Cod. 4. 35. *Mandati vel contra*.—Dig. 3. 3. *De procuratoribus et defensoribus*.—Dig. 46. 1.; y Cod. 8. 41. *De fidejussoribus et mandatoribus*.

de derecho, á no ser los individuos sometidos bajo su potestad, que no forman con él más que una sola y única persona. Ya lo hemos dicho con motivo de la tutela (t. I, p. 201), de la adquisicion de los derechos reales (t. I, p. 461 y 473), y de la formacion de las obligaciones. Cada cual puede únicamente por sí mismo en los actos jurídicos, contratar y adquirir; y el derecho creado, activo ó pasivo, se constituye sólo en la persona de los que han obrado. Tal es el principio riguroso, salvas las modificaciones graduales que en él se han introducido; sobre él mismo se funda la nocion exacta de este contrato entre los romanos.

En efecto, á pesar del rigor del principio expuesto, y dejando aparte algunos actos eminentemente civiles, como las acciones de la ley y todos sus derivados, la emancipacion y todos los suyos, el testamento, la acrecion ó adicion de herencia, en las cuales cada ciudadano estuvo siempre obligado á obrar por sí mismo, sabemos que era admitido que los demas actos, contratos ú operaciones, principalmente los del derecho de gentes, pudieran hacerse por terceras personas y por cuenta de otro. No porque este tercero represente la persona por cuenta de quien obra: trata y obra en su propio nombre; él personalmente se obliga y á él se obligan los contratantes; y él es el que adquiere el derecho activo ó pasivo. Pero por medio de las acciones recíprocas de cuenta, de acciones útiles y otros diversos medios indirectos, el resultado de la operacion debe referirse, en definitiva, á aquel por cuya cuenta ha obrado (véase t. I, p. 201). No ocurre otra cosa por consecuencia del mandato. Que dos personas hayan convenido que una de ellas obrará en su propio nombre, gratuitamente, por cuenta de la otra, en uno ó más negocios determinados ó en todos los negocios en general, esta convencion es la que los romanos llamaban *mandatum;* el que se encarga de obrar por cuenta de otro se llama *procurator* (de *curare pro*), y áun á veces *mandatarius:* el que da el encargo *mandans* y á veces *mandator*. Resulta de lo dicho que el mandatario no es representante del mandante, sino un agente que obra en su propio nombre por cuenta del mandante. Esto es, propiamente hablando, lo que nuestro derecho comercial llama un comisario.

Sin embargo, la idea de hacer representar á una persona por otra no ha sido absolutamente extraña al derecho romano. — Así, el derecho civil, bajo el sistema del procedimiento formulario, y

para allanar las dificultades que presentaba la regla, que no permitia litigar por otra persona intermedia, escogitó el *cognitor*, verdadero representante que solemnemente era constituido por los litigantes en presencia del magistrado, y que desde entónces se reputaba que en el litigio formaba una sola persona con el que lo habia constituido (1). — Así el edicto del pretor, comunmente en puntos mercantiles ó marítimos, y cuando se trata de una serie de operaciones que se han encomendado á una persona por otra, ha considerado á este encargado (*institor* ó *magister navis*, en el caso especial de la direccion de una nave) como representante, hasta cierto punto, del comitente ó principal (*dominus*, el señor de la operacion; ó *exercitor*, el armador): en el sentido de que el comitente se halla personalmente ligado con terceras personas por los actos ú operaciones de su encargado, y que estas terceras personas tienen contra él, bajo una calificacion pretoriana (*actio institoria* ó *exercitoria*), las acciones que resultan de las operaciones del comisionado, como si él mismo las hubiese hecho; sin que tenga él, sin embargo, á su vez, contra dichas terceras personas, por regla general, las acciones correspondientes. Así la representacion es imperfecta: ó mejor dicho todavía, hay un recurso pretoriano más bien que representacion (2). — En fin, hemos visto que la jurisprudencia, por consideraciones de utilidad (*tam ratione utilitatis quam jurisprudencia*), ha admitido que se pudiese ser representado por un tercero en cuanto á la posesion. Ya hemos tratado de este último punto (t. I, p. 305); tratarémos en adelante y circunstanciadamente acerca del comisionado (*institor*) y del *cognitor* (lib. 4, tít. 7 y 10). Aquí nos ocuparémos sólo en el mandato. Y áun en este caso vamos á ver la jurisprudencia aplicar tambien, por extension, las modificaciones pretorianas introducidas por el edicto para el caso del *institor*, y destruir así, en cierto modo, la realidad del antiguo principio.

El mandato toma su orígen de la religion y de los buenos oficios de la amistad: « *Originem ex officio atque amicitia trahit* », dice el jurisconsulto Paulo. — Tomando la mano del amigo en quien uno deposita su confianza, en su mano se recibia la fe pro-

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 82 y sig.; y más adelante, lib. 4, tít. 10.
(2) Véase más adelante, lib. 4. tít. 7.

metida, se le encomendaba el cuidado de sus intereses, y él aceptaba este encargo.

TYND. «Hæc per dexteram tuam, te dextera retinens manu,
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi.
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu patronus, tu pater:
Tibi *commendo* spes opesque meas.
PH. . . . . . . . . . . . . . . . . *Mandavisti* satis.
Satin habes, mandata quæ sunt, facta si refero?
TYND. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . Satis.»

Así se nos representa el mandato, acompañado de una especie de forma estipulatoria, en el antiguo poeta cómico de los romanos (1); y su nombre solo *man-datum* descubre el símbolo primitivo de la mano dada y recibida en señal de fe.

Pasando de esta fe religiosa de la amistad al derecho civil, en él es recibido en el número de las convenciones del derecho de gentes, que llevan consigo obligacion, *ex æquo et bono*, por el solo efecto del consentimiento aunque sea tácito. Por el sello de su orígen lo conserva en tres puntos bien notables: la necesidad esencial de que sea gratuito (2); la obligacion que tiene el mandatario de poner en su encargo el cuidado propio del padre de familia más diligente, más cuidado aún del que pone en sus propios negocios (3); y en fin, la infamia en que incurre, si es condenado por la accion del mandato (4).

El contrato de mandato, desde el principio y por el solo efecto de la convencion, no produce obligacion sino por una sola parte: obligacion del mandatario de cumplir con la mayor exactitud y cuidado el encargo que se le ha encomendado, dar cuentas, y entregar al mandante todos los objetos y derechos adquiridos por

---

(1) PLAUTO: *Captiv.*: act. 2, escena 3, verso 82 y sig. — TERENCIO tambien nos reproduce el mismo dato (*Heautontimaur.*, act. 3, escena 1, verso 84 y sig.):

ME. « Cedo *dextram*: porro te oro idem ut facias, Chreme.
CHR. » Paratus sum. »

(2) Dig. 17. 1. *Mand. v. cont.* 1. § 4. f. Paul. — y más adelante § 13.

(3) En su consecuencia, es responsable de toda especie de falta. Cod. 4. 35. *Mand. v. cont.* 13. const. de Diocleс. y Maxim. « Á procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. » — Ibid. 11. const. de Diocleс. y Maxim. y 21. const. de Constantin. — La obligacion es recíproca de parte del mandante; por ejemplo, si ha dado mandato de comprar tal esclavo determinado que tiene el vicio del robo, y dicho esclavo roba al mandatario, el mandante será responsable de ello, aunque haya ignorado este vicio; porque si hubiese tenido el cuidado y la prudencia del más diligente padre de familia, hubiera conocido este vicio ántes. (Dig. 47. 2. *De furtis*. 61. § 5. f. *African.*)

(4) Dig. 3. 2. *De his qui notant infam.* 1. f. Julian.; y 6. §§ 5 y 6. f. Ulp.

consecuencia de sus actos (1). Pero sobreviniendo ciertos hechos posteriores (*ex post-facto*), puede el mandante, por su parte, hallarse obligado con el mandatario, porque estará obligado á reembolsarse con intereses todos los gastos hechos por él, á cumplir todas las obligaciones contraidas en la ejecucion del mandato; y en fin, á indemnizarlo de todo perjuicio que tuviese por causa, no sólo el dolo, sino áun toda especie de culpa del mandante (2). Desde que ocurran algunos de estos hechos, la obligacion del mandante, que nace del contrato, se considerará producida. Así el mandato se halla en el número de aquellos contratos que se llaman sinalagmáticos imperfectos.

Respecto de los negocios verificados con terceras personas, es preciso, segun el derecho estricto, aplicar el principio de que el mandatario contrata en su propio nombre. Él, pues, es el que se obliga con los terceros, y á él los terceros quedan obligados. Únicamente, en sus relaciones recíprocas podrá el mandatario proceder contra el mandante, á fin de que lo deje libre ó lo indemnice de aquellas obligaciones contraidas por él (3); el mandante podrá obrar contra el mandatario para que le ceda las acciones contra terceras personas, ó le entregue lo que hayan ellas producido (4). — Pero la jurisprudencia no se ha atenido á este derecho riguroso. A medida que se ha hecho ménos material y más racionalista, se ha propagado la idea de que el mandante debe ser considerado como que ha obrado por medio de su mandatario. Extendiendo una disposicion ya introducida por el edicto, la jurisprudencia, á ejemplo de la accion institoria (*ad exemplum institoriæ*), ha concedido á los terceros, contra el mandante, las acciones útiles que resultan de las operaciones que hayan ellos ejecutado con el mandatario: por ejemplo, la *condictio utilis*, si se trata de *mutuum* ó de estipulacion; la *actio utilis empti* ó *venditi*, si se trata de compra y venta (5). — Por otra parte, áun excediendo las reglas de

(1) Dig. 17. 1. *Mand. v. cont.* 5. pr. y § 1. f. Paul.; 27. § 2. f. Gay.; y 8. § 3. f. Ulp. — 20. f. Paul. «Ex mandato, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.» — 10. §§ 3 y 8.; y 12 § 10. f. Ulp.

(2) Dig. 27. § 4. f. Gay.; 10. §§ 9; y 12 § 7 á 9. f. Ulp. — 45. § 1 á 5. f. Paul.

(3) Ibid. 45. pr., y § 1 á 5. f. Paul.

(4) Ibid. 10. § 6 y 43. f. Ulp. — 59. pr. f. Paul.

(5) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 31. pr. f. Papin. — 14. 3. *De instit. act.* 16. f. Paul.; y 19. pr. f. Papin. — 17. 1. *Mand.* 10. § 5. fragmento de Ulpiano, que contiene una respuesta de Papiniano. — Cod. 4. 25. *De instit. et exercit.* 5. const. de Diocleс. y Maxim. — Todos estos textos dicen siempre, hablando de la accion que coinciden, *utilis ad exemplum institoriæ*, ó *utilis quasi-institoria.*

la accion institoria, ha concedido al mismo mandante, contra los terceros, y bajo la calificacion de *útiles*, las acciones nacidas de dichas operaciones. Esto es indudable en el caso de mandato especial (1); mas en cuanto al mandato general, parece que la accion útil se ha dado con dificultad al mandante, y sólo por recurso extraordinario, cuando sin esto se hallase en peligro de perder (2): — En fin, áun vemos que hallándose los terceros colocados entre dos acciones: la accion directa del mandatario y la accion útil del mandante, la jurisprudencia da la preferencia á esta última; y que una excepcion se opondrá al mandatario que, contra la intencion del dueño, intentase él mismo la accion (3). — Añádase á esto que por efecto de los principios admitidos en lo relativo á la posesion, la propiedad es adquirida ó enajenada por el mismo mandante, por efecto de la tradicion hecha en su nombre á su procurador (t. I, p. 472) ó por su procurador (4). Es decir, que, en suma, el derecho romano, por las innovaciones del edicto y de la jurisprudencia, se ha acercado cada vez más al sistema hoy vigente acerca de la representacion del mandante por el mandatario, y que el antiguo derecho no ha conservado ya más que una existencia puramente nominal.

Por lo demas, es preciso distinguir del mandatario al *nuntius*, que no es más que un mensajero, uno que lleva la voz, un instrumento que se emplea para conducir la expresion de su consentimiento. En todos los actos que pueden hacerse por el solo consentimiento, y por consiguiente, en todos los contratos consensuales, nada impide que se envie el consentimiento, ya por carta, ya por medio de un mensajero, lo que equivale á haberlo dado por sí mismo. (Dig. 44. 7. *De oblig.* 2. § 2. fr. de Gayo.)

El mandato puede distinguirse por la extension de los objetos que abraza, en mandato general (*mandatum generale*), ó mandato especial (*speciale mandatum*). «*Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest*», dice Ulpiano (5). Nuestro texto,

---

(1) Dig. 19. 1. *De action. empt. et vend.* 13. § 25. f. Ulp. — 3. 3. *De procurat.* 27. § 1 y 28. f. Ulp.; 68. f. Papin.

(2) Dig. 14. 1. *De exercit.* 1. § 18. f. Ulp. «extra ordinem juvare.» — 14. 3. *De instit.* 1 y 2. f. Ulp.: «si modo aliter rem suam servare non potest.» — 46. 5. *De stipul. præct.* 5. f. Paul.: «si rem amissurus sit.»

(3) Dig. 3. 3. *De procurat.* 28. f. Ulp.

(4) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. §§ 3 y 4. f. Paul.

(5) Dig. 3. 3. *De procuratoribus.* 1. § 1. f. Ulp.; 58 y 60. f. Paul.: 63. f. Modest.

segun Gayo, nos presenta otra division, tomada del interes en que ha intervenido el mandato (1).

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis, tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

El mandato se contrae de cinco maneras, segun que alguno te da mandato en su interes solamente, ó en el suyo y en el tuyo, y en interes de otro solamente, ó en el suyo ó en el de otro, ó en el tuyo y en el de otro. El mandato en tu solo interes es inútil, y, por consiguiente, no produce entre vosotros ni obligacion ni accion de mandato.

El mandato en el interes único del mandatario no es más que un consejo. Esta especie volverá á examinarse bajo el § 6.

I. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti, si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

1. Hay mandato en el solo interes del mandante: por ejemplo, si alguno te da mandato de administrar sus negocios, de comprarle un fundo, ó de hacerte *sponsor* por él.

El mandato en el solo interes del mandante es el caso más comun y frecuente. —Obsérvese en el texto la mencion del *sponsor*, tomada de los antiguos y aquí conservada, aunque el verdadero *sponsor* ya no existia en tiempo de Justiniano.

II. Tua et mandantis: veluti, si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes et qui in rem ipsius mutuaretur; aut si, *volente te agere cum eo ex fidejussoria causa*, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget, in id quod tibi debuerat.

2. En tu interes y en el del mandante; por ejemplo, si te da mandato de prestar dinero á interes á alguno que lo toma para los negocios del mandante, ó si, *cuando queriendo tú gestionar contra él por falta de fideyusion*, te manda ya obrar, á su cuenta y riesgo, contra el deudor principal; ya estipular, á su cuenta y riesgo, lo que te deba, de una persona que te delegue.

*Volente et agere cum eo ex fidejussoria causa.* Esto, tomado tambien probablemente del texto de Gayo, no puede haber tenido utilidad sino en el derecho anterior á Justiniano; en tiempo en que el acreedor estaba en libertad de perseguir ya al deudor principal, ya al fideyusor; pero en que por su accion contra uno, el otro quedaba libre. En estas circunstancias se supone que habiendo

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 2. f. Gay.

fijado su eleccion en el fideyusor, se dispone á proceder contra él; pero que éste le da mandato de dirigirse, de su cuenta y riesgo, contra el deudor principal. Por efecto de este procedimiento, el fideyusor quedará libre en el concepto de fideyusor, pero obligado como mandante. Desde las innovaciones de Justiniano, que corresponden al año 531, y que son, por consiguiente, anteriores á la Instituta, ya esto no tenía interes.

*Ab eo quem tibi deleget.* Debiéndose cien sueldos de oro, te delego á Ticio, que me debe otro tanto, dándote mandato de estipular de él esta suma. Esta estipulacion hecha por tí, extingue á un mismo tiempo, por novacion, ya la suma que Ticio me deba, ya lo que yo te debo ; pero como mandante quedo responsable, y tú tendrás tambien, para hacerte pagar, la accion de la estipulacion contra Ticio, y la accion de mandato contra mí, si Ticio no te paga (1).

III. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

3. Hay mandato intervenido en interes de otro : por ejemplo, si alguno te manda administrar los negocios de Ticio, comprar un fundo, ó hacerte *esponsor* por Ticio.

Este género de mandato puede presentarse, por ejemplo, si hallándose ausente uno de mis amigos, y sus negocios en mal estado, me dirijo á tí, que estás en el lugar donde aquéllos radican, y tomo sobre mí encargarte de alguna gestion en su nombre. En semejante mandato es preciso decir que desde el principio no nace obligacion, porque no siendo el negocio cosa mia, no tengo interes de derecho. Por consiguiente, por el solo efecto de la convencion no tendré ninguna accion contra tí para obligarte á ejecutar el mandato. Pero desde el momento que has practicado algunas gestiones, nacen las acciones : tú tienes accion de mandato contra mí, para hacerte indemnizar de los gastos que te haya causado el negocio que te he encomendado, y yo tengo accion contra tí para hacerte dar cuentas y cumplir tus obligaciones, porque yo soy responsable para con el tercero, en cuyos negocios me he mezclado (2).

IV. Sua et aliena, veluti, si de communibus suis et Titii negociis

4. En el interes del mandante y en el de otro, por ejemplo : si te

---

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 22. § 2 ; 26. § 2. y 45. § 7. f. Paul.
(2) Dig. 17. 1. *Mandat.* 8. § 6. f. Ulp. — 3. 5. *De negot. gest.* 28. f. Javolen.

gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo Titio sponderes.

manda desempeñar negocios comunes entre él y Ticio, comprar un fundo, ó hacerte *esponsor* por él y Ticio.

V. Tua et aliena, veluti, si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

5. En tu interes y en el de otro: por ejemplo, si él te manda prestar á interes á Ticio. Si se trata de préstamo sin interes, el mandato sólo interviene en favor de otro.

VI. Tua gratia intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres; vel ex diverso, ut fœneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres; vel eam crederes; quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

6. Hay mandato en tu solo interes: por ejemplo, si te manda colocar tu dinero en comprar bienes territoriales, ántes que prestarlo á interes, ó recíprocamente. Este mandato es más bien un consejo que un mandato, y por consiguiente no es obligatorio, porque nadie se obliga por un consejo, que podria ser perjudicial; pues cada uno es libre de apreciar en su interior el mérito de los consejos que se le han dado. Si, pues, alguno, sabiendo que tienes tú dinero sin emplearlo, te ha invitado á prestarlo, ó á comprar alguna cosa, aunque ni en el préstamo ni en la compra hayas obtenido alguna ventaja, no tienes contra él la accion de mandato. Á tal punto, que se ha puesto en cuestion si aquel que te hubiese dado mandato de prestar tu dinero á Ticio estará obligado por la accion de mandato. Pero se ha admitido la opinion de Sabino, á saber: que este mandato es obligatorio, porque tú sin mandato no habrias prestado á Ticio.

Es preciso observar, acerca de estos dos últimos párrafos, que el mandato puede intervenir bajo un aspecto que presente mucha semejanza con la fideyusion: es decir, de tal manera que el mandante (*mandator*) sea responsable, casi como el fideyusor, de la deuda de otro. — Tal es el caso del § 2, en que, para librarme de lo que yo os debo os doy mandato de estipular la misma suma de mi deudor, que yo os delego ó traspaso; tal es tambien el del § 5, en que, interesándome por una persona que necesita dinero, os ruego y doy mandato de prestarle, ya con interes, ya sin él, como se ve en este ejemplo que nos ofrece Marcelo: «*Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo*» (1); tal es,

(1) Dig. 46. 1. *De fidej. et mandat.* 24. f. Marcel. — Dig. 17. 1. *Mand.* 6. § 4. f. Ulp. «Si tibi

en fin, el del § 6, en el que, áun sin tener en consideracion el interes de la persona á quien se hace el préstamo, y fijando sólo mi atencion en el vuestro, y tratando de cooperar á él por mi parte, os mando prestar vuestro dinero á Ticio. Este último caso se confunde casi con el de un simple consejo : así vemos en el texto que habia promovido dudas entre los jurisconsultos romanos. Es cierto que si yo solo os he mandado colocar vuestro dinero en préstamos á interes, sin designar personas, no hay en esto, á la verdad, más que un consejo, que no me liga con ninguna responsabilidad. Lo mismo sucederia si tratándose de una persona designada para recibir á préstamo, me hubiese yo limitado á daros mis informes y mi opinion sobre su abono (1); pero si me he adelantado bastante en mi consejo, en mi exhortacion, hasta darle el carácter de mandato, ha prevalecido la opinion de que en este concepto quedaria yo obligado. La misma responsabilidad se hallaria, si os hubiese rogado y dirigido mandato para que concedieseis una espera á vuestro deudor, tomando sobre mí el peligro de la deuda : «*Si, ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum*» (2). En estos diversos casos, que deben apreciarse de buena fe, segun la intencion probable, estoy obligado, en mi calidad de mandante, y por la accion del contrato de mandato, al acreedor, como caucion de la deuda.

El mandato, cuando así se expresa, es una especie particular de intercesion : los comentadores, sobre todo en Alemania, le dan el epíteto no romano de mandato *calificado*. Los textos del derecho aplican al mandante, más especialmente en este caso particular, la denominacion de *mandator*.—Este mandato puede interceder, dice el jurisconsulto Juliano, en todos los contratos en que pueda acceder ó tener parte la fideyusion : «*neque enim multum referre (puto), præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet*» (3). Tambien hallamos en el Digesto, en el Código, y áun en las No-

---

mandavero, quod mea non interesat, veluti ut *pro Seio intervenias*, vel *ut Titio credas*: erit mihi tecum mandati actio....., et ego tibi sum obligatus.»

(1) Así lo dice Ulpiano del corredor : «qui mostrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen.» (Dig. 50. 14. *De proxen.*, 2. f. Ulp.) — Así lo dice tambien Ulpiano, segun Pomponio, de aquel «*qui adfirmaverat idoneum esse eum cui mutua pecunia dabatur*»; á ménos que no lo hubiese hecho evidentemente por dolo. (Dig. 4. 3. *De dolo.* 7. § 10. f. Ulp.)

(2) Dig. 17. 1. *Mand.* 12. §. 14. f. Ulp.

(3) Dig. 17. 1. *Mandat.* 32. f. Julian.

velas, estas dos intercesiones, siempre juntas y tratadas del mismo modo, bajo el título : *de fidejussoribus et mandatoribus* (1).

El mandato que constituye una intercesion, admite la aplicacion de las principales reglas comunes á este género de contratos accesorios. Así las prohibiciones del S.-C. VELEYANO, respecto de las mujeres (2); los beneficios de discusion (3), de division, si hay muchos mandantes (4), y de cesion de acciones, se aplican á los *mandatarios* lo mismo que á los *fideyusores*.—Sin embargo, deben notarse algunas particularidades en lo que concierne al *mandator*. Por una parte se refieren éstas á que su consejo, su impulso y el encargo que dió, es lo que ha producido el contrato; de tal manera que si quiere usar contra el acreedor, su mandatario, de los diversos medios de defensa que por extraordinario pueden facilitarse al deudor de quien responde, el pretor se mostrará más difícil en otorgar este beneficio (5). Por otra parte, es preciso observar que la obligacion del *mandator* no viene, como la del *fideyusor*, á juntarse ó agregarse en calidad de dependencia, de simple accesorio, á una obligacion principal de la que sólo sería una caucion. Esta obligacion procede de un contrato distinto é independiente, que tiene una existencia particular : el contrato del mandato. De tal modo, que hay dos clases de obligaciones principales : por una parte, las producidas por el mandato; y por otra, las que resultan del negocio hecho por el mandatario con un tercero. De aquí se deducen tres consecuencias, fundadas todas en el mismo principio : la primera es que, á diferencia de lo que existia antiguamente para los *sponsores*, *fidepromissores* ó *fideyussores*, la accion intentada por el mandatario contra el *mandator* no dejaba libre al deudor, ni al contrario. Sabemos que Justiniano ha asimilado en este punto á los *mandatarios*, tanto los fideyusores cuanto los mismos *co-rei* (6). La segunda es que el *mandator*, por pagar

---

(1) Dig. 46. 1.—Cod. 8. 41.—Nov. 4. cap. 1.

(2) Dig. 16. 1. *Ad. S.-C. Vellej.* 6. f. Ulp.; y 7. f. Papin.

(3) Novel. 4. c. 1.

(4) Dig. 27. 7. *De fidej. tutor.* 7. f. Papin.—Cod. 4. 18. *De pecun. constit.* 3. const. de Justiniano.

(5) Así nos lo dice Ulpiano con respecto á la restitucion *in integrum*, por causa de menor edad del deudor, concedida por el pretor como recurso extraordinario y segun las circunstancias (*causa cognita*). Se mostrará éste con mayor dificultad para extender esta restitucion al *mandator*, que para hacer que de ellas se aproveche el fideyusor : «Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire : hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.»

(6) Dig. 46. 1. *De fidej. et mand.* 13. f. Julian.; y 71. f. Paul.—Cod. 8. 41. *De fidej. et mandat.* 28. const. de Justinian.

él mismo, no libra al deudor de quien responde: «*Propter mandatum enim suum solvitet, suo nomine*», dice Papiniano (1). En fin, la tercera es que puede, por consiguiente, áun despues de haber pagado á su mandatario, hacer que se le cedan las acciones de este último contra el deudor, pues estas acciones continúan siempre subsistiendo miéntras que no fuese posible al fideyusor, despues del pago, obtener esta cesion (2).

VII. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti, si Titius de furto aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim pœna istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

7. El mandato no es tampoco obligatorio cuando es contrario á las buenas costumbres: por ejemplo, si Ticio te manda cometer un robo, causar un daño ó una injuria. En efecto, aunque haya sufrido la pena impuesta por este hecho, no tiene ninguna accion para recurrir contra Ticio.

No hay obligacion ni por una ni por otra parte. El mandante no tiene ningun derecho para obligar á la ejecucion del mandato, ni áun el mandatario para hacerse indemnizar de sus consecuencias, si ha ejecutado dicho mandato.

VIII. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino et Casio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te actorum existimant; quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem; quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, si possit, emeretur.

8. El mandatario no debe excederse de los límites del mandato: por ejemplo, si alguno te ha mandado comprar un fundo, ó hacerte esponsor por Ticio hasta llegar á la cantidad de cien escudos de oro, no debes excederte de esta suma ni en la compra ni en la fideyusion, pues en otro caso no tendrás la accion de mandato: de tal modo que Sabino y Casio juzgaban que áun queriendo limitarte á gestionar por cien escudos de oro, lo harás inútilmente. Pero los jurisconsultos de la escuela opuesta piensan que obrarás válidamente hasta llegar á los cien escudos de oro, opinion sin disputa más favorable. Que si tú compras á menor precio, nadie duda de que no tengas contra el mandante la accion de mandato, porque en el mandato de comprar un fundo por cien escudos de oro se entiende que se comprará por ménos, si es posible.

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 28. f. Papin.
(2) Dig. 46. 3. *De solut.* 76. f. Modestin.

Es preciso distinguir en este párrafo la regla general de algunas especies particulares de aplicacion.—La regla general es la que se expresa al frente del párrafo : el mandatario no debe excederse de los límites del mandato. Fuera de estos límites ya no hay poder. «*Nam qui excessit, aliud qui facere videtur*» (1). Por consiguiente, no tiene ninguna accion contra el mandante para hacerse indemnizar de los resultados de sus actos; pero éste tiene contra él la accion que nace inmediatamente del contrato, hasta donde llegue el interes que tenía en que el mandato fuese ejecutado, si era posible : « *Quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit*» (2).

Las dos especies particulares de aplicacion, citadas en seguida por el texto, son relativas á casos en que el mandatario, áun ateniéndose absolutamente al objeto mismo de su mandato, haya excedido, para obtener el resultado que se apetece, el límite de las obligaciones ó sacrificios indicados por el mandante. La opinion de Sabino, en la cuestion promovida con este motivo, se hallaba fundada en un rigor radical de lógica conforme á este principio: «*qui excessit, aliud quid facere videtur.*» Vemos cómo prevaleció la opinion de los Proculeyanos como más favorable (*benignior*), en cuanto á que por medio del sacrificio que el mandatario se resigna á hacer, le evita una pérdida más considerable, y quizá una condenacion infamante por la accion *mandati* (3).—Por consecuencia de esta opinion, que ha prevalecido, si el mandatario, habiendo recibido mandato de obligarse por término ó por plazo, se obliga pura y simplemente y paga, no tendrá accion de mandato sino cuando espire el término (4). Del mismo modo, si vende un fundo por un precio inferior al que se ha fijado, deberá indemnizar al mandante de lo que falta en dicho precio; pues si no, el mandante continuará siendo propietario, y vindicará válidamente su fundo (5).

El texto, en los tres párrafos que siguen, trata de las causas que pueden anular el mandato ó terminarlo. Las principales de estas causas, lo mismo en esta parte que en la sociedad, son no

---

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 5. f. de Paul.
(2) Gay. Com. 3. § 161.—Dig. 17. 1. *Mand.* 41. f. de Gay.
(3) Dig. 17. 1. *Mand.* 3. f. de Paul.; 4. f. de Gay.; 5. f. de Paul.; 33. f. de Jul.—45. 1. *Verb. oblig.* 1. § 4. f. de Ulp.
(4) 17. 1. *Mand.* 22. pr. y § 1. f. de Paul.
(5) Ib. 5. §§ 3 y 4. f. de Paul.

sólo el consentimiento de los dos contratantes, sino la voluntad sola de uno de los dos : revocacion (*revocatio*) de parte del mandante; renunciacion (*renuntiatio*) por parte del mandatario; como tambien la muerte de uno ú otro.

IX. Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit.

9. El mandato, aunque válidamente contratado, se desvanece si ántes de haber recibido ninguna ejecucion se revoca.

Obsérvese que en este párrafo se trata de que se desvanezca el mandato de tal modo que sea como si nunca hubiese existido. Esto es posible solamente si no ha tenido lugar ningun principio de ejecucion (*si adhuc integra res sit*). En otro caso los actos principiados tendrán que producir su efecto, porque no se puede revocar lo que ya ha tenido lugar y es cosa pasada.—Pero áun en este caso puede siempre el mandante revocar el mandato para en adelante. Y esta revocacion debe notificarse al mandatario y ser de él conocida; porque miéntras la ignore, los actos que ejecute en su encargo obligan al mandante (1).

X. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, *posse te agere mandati actione*: alioquin *justa et probabili ignorantia* tibi damnum adferret. Et huic simile est quod placuit, si debitores, *manumisso* dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos, cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerint.

10. El mandato se disuelve tambien, si ántes de su ejecucion mueren el mandante ó el mandatario. Sin embargo, motivos de utilidad han hecho decir que si despues de la muerte del mandante, é ignorando dicha muerte, has ejecutado tú el mandato, *tendrás la accion de mandato*; porque sin esto, *tu ignorancia legítima* y *plausible* te causaria perjuicio. Y se está en un caso semejante cuando se decide que los deudores que, despues de la *manumision del administrador* de Ticio pagan por ignorancia á este liberto, quedan libres, aunque segun el derecho estricto no debiesen quedarlo, porque han pagado á quien no debian pagar.

*Posse te agere mandati actione*. En efecto, el contrato de mandato se disuelve, pero subsiste siempre la obligacion de indemnizar al mandatario (2).

*Justa et probabilis ignorantia*. Pero despues de la muerte del

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 15. f. de Paul.
(2) Dig. 17. 1. *Mand.* 26. pr., y 58. pr. f. de Paul.

mandatario los herederos de éste, al ejecutar el mandato, no pueden tener la accion de este contrato, porque no pueden ignorar el fallecimiento de la persona á quien suceden, y no hay para ellos *justa et probabili ignorantia* (1).

*Manumisso.* Lo mismo sucederia si este esclavo, no siendo manumitido, fuese separado de su encargo ó enajenado por su señor, sin saberlo los deudores (2).

XI. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consumandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiatur ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: *nisi justa causa intercessit*, aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.

11. Cada cual es libre para renunciar un mandato, pero una vez aceptado, debe el mandatario ejecutarlo, ó bien renunciarlo en tiempo oportuno para que el mandante pueda desempeñar por sí mismo el negocio ó por otro. Porque si la renuncia no se hace de tal modo que se deje al mandante completa facilidad para desempeñar el mismo negocio, tendrá siempre lugar contra el mandatario la accion de mandato, *á ménos que justos motivos le hayan impedido* renunciar, ó renunciar á tiempo.

*Nisi justa causa intercessit.* Por ejemplo, una grave y súbita enfermedad, una enemistad capital ocurrida entre el mandatario y el mandante, ó la insolvencia de este último (3).

XII. Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

12. El mandato puede hacerse ó por término ó bajo condicion.

XIII. In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

13 En fin, el mandato, si no es gratuito, se transforma en otro negocio. En efecto; si se constituye en precio, se hace arrendamiento; y para hablar generalmente, en todos los casos en que la aceptacion, sin salario, de un oficio que debe desempeñarse, constituye un contrato de mandato ó de depósito, en estos mismos casos hay arrendamientos desde que interviene un precio. Si, pues, alguno da vestidos al batanero para limpiarlos ó cuidarlos, ó al sastre para repasarlos, sin constitucion ni promesas de precio, hay accion de mandato.

(1) Ib. 27. § 3. Gay.
(2) Dig. 46. 3. *De solut.* 51. f. de Paul.—16. 3. *Depos.* 12. f. de Ulp.
(3) Dig. 17. 1. *Mand.* 23. 4 y 25. f. de Hermog. y Paul.—Paul. Sent. 2. 15. § 1.

El principio de que el mandato es esencialmente gratuito, «*nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces*» (1), no impedia que se hubiese admitido una distincion que sobre todo se funda, quizá, en motivos de amor propio. Si el mandante, sin pretender pagar en dinero el servicio que se le debe prestar, debe pagar ó prometer una suma, más bien en testimonio de reconocimiento y para honrar al mandatario que como precio de un alquiler (*remunerandi gratia honor*), se admite que el contrato no cese por esto de ser un mandato, y se decora la recompensa con el título de honorario (*honorarium*), y bajo este título existe la obligacion de pagarla. Esto sucede así, generalmente, cuando se trata de lo que llaman los romanos profesiones liberales (*liberalia studia*) : como profesores, filósofos, maestros de retórica, médicos, abogados, medidores de tierras y otros. «*Non crediderunt veteres*, dice Ulpiano hablando de estos últimos (de un *mensor agrorum*), *inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari*» (2). Hay sólo una diferencia importante que observar, cual es que el pago de los honorarios no se reclama por una accion ordinaria, sino por una extraordinaria, llevada ante el magistrado, pretor ó presidente de provincia, que falla *extra ordinem*, segun las circunstancias (*causa cognita*), lo que lleva consigo el poder ó facultad de determinar los honorarios, y áun cuando han sido convenidos, reducirlos si há lugar (3). Aunque en esta distincion aparezca el amor propio en primera línea, sin embargo no deja de tener en su fondo algo verdadero. Nadie en su corazon cree pagar á precio de dinero al médico que lo ha salvado de un peligro ó de los dolores de una enfermedad, al preceptor que ha formado sus sentimientos y cultivado su espíritu, al abogado que se ha consagrado en su defensa. Se comprende que tales servicios, prestados de un modo tan honroso, no son objeto de un contrato puramente pecuniario ; que un elemento más inmaterial entra en el contrato ; y que áun despues de dado el dinero, se queda todavía debiendo otra cosa, que no se cree deber al más honrado operario, cuyo trabajo se ha tomado en arrendamiento ó alquiler. Pero la admision de una recom-

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 1. § 4. f. de Paul.
(2) Dig. 11. 6. *Si mensor falsum modum dixerit.* 1. pr. f. de Ulp.
(3) Dig. 50. 13. *De extraordinariis cognationibus.* 1. f. de Ulp.

pensa pecuniaria bajo la denominacion de honorarios no ha sido limitada en el mandato al solo ejercicio de las profesiones llamadas liberales. Se ha extendido á toda especie de mandato, si se trata de un hecho que no hay costumbre de que forme objeto de un arrendamiento : «*Si tale est factum quod locari non possit*», en oposicion á : «*Si tale est factum quod locari solet*» (1), y que especialmente se haya convenido un precio ó salario. Este salario, con tal que no se trate de un ofrecimiento incierto (*salarium incertæ pollicitationis*), se debe por el mandante, y su pago puede reclamarse; pero el conocimiento de este negocio pertenece, como en el caso anterior, al magistrado, *extra ordinem*. «*De salario quod promisit, apud præsidem provinciæ cognitio præbebitur*» (2).

ACCIONES RELATIVAS AL MANDATO.

La accion que resulta del contrato de mandato y que sirve por una y otra parte parte para reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones, se llama *actio mandati*, accion de mandato ; *actio directa*, respecto del mandante, como que nace directa é inmediatamente de la convencion; *actio contraria*, respecto del mandatario, pues toma su orígen de los hechos posteriores, que tambien obligan al mandatario (*ex post facto*). Las dos son acciones de buena fe. La primera, la accion directa, lleva consigo la infamia en caso de condenacion (3).

Respecto de las terceras personas sabemos que, ademas de las acciones que existen regularmente entre ellas y el mandatario, por efecto de los actos de este último, tienen tambien contra él mandante estas mismas acciones; pero bajo la calificacion de *actio utilis quasi-institoria* (4), y que, en fin, el mismo mandante tiene contra ellos, en la mayor parte de los casos, las acciones útiles.

*De los pactos y de los casos que dan lugar á la accion.*

Hemos concluido la lista de los contratos del derecho civil. Cualquiera otra convencion (*pactum, pactio conventio, pactum con-*

(1) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 2. f. de Paul.
(2) Cod. 4. 35. *Mand.* 1. const. de Sever. y Anton.; 17. const. de Diocl. y Maxim.—Dig. 17. 1. *Mand.* 6. f. de Ulp.; 7 y 56. § 3. f. de Papin.
(3) Véase el lib. 4, tit. 16, § 2.—Véase, sin embargo, un caso en que la condenacion, áun en la accion contraria, deberia ser infamante. Dig. 3. 2. *De procur.* 6. § 5. f. de Ulp.
(4) 17. 1. *Mand.* 10. § 5. f. Ulp.—14. 3. *De instit.* 5. § 8. f. de Ulp.

*ventum*), segun el derecho estricto y primitivo, no debia producir ningun vínculo de derecho, segun ya hemos dicho; pero hemos anunciado tambien que por innovaciones sucesivas les han sido atribuidos diversos efectos. — Por estas innovaciones han podido los pactos, ya en general por razon de ciertas circunstancias, ya algunos en particular por su sola naturaleza y por sí mismos, producir acciones: y aunque el título de contrato haya quedado siempre reservado para las convenciones obligatorias, segun el antiguo derecho civil, puede decirse con verdad que el número de ellos se ha extendido. — Esta extension ha tenido lugar gradualmente por el derecho civil, por el derecho pretoriano y por el derecho imperial.

*Casos en los cuales los pactos se hallan provistos de acciones segun el derecho civil.* — *Pactos llamados adjuntos* (pacta adjecta). — *Contratos formados* re, *calificados de contratos innominados* (innominati contractus); *cambio ó permuta* (permutatio).

Lo que hemos dicho de la venta es cierto respecto de todos los contratos de buena fe: las partes pueden añadirle, para suplicar, modificar y extender sus defectos, convenciones accesorias, que forman un todo con el contrato y cuya ejecucion se reclama por la accion misma del contrato. «*Nuda pactio..... interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis.*» Así se explica Ulpiano (1). Pero es necesario para esto, como lo dice el mismo jurisconsulto continuando su frase, que estos pactos hayan tenido lugar en el momento mismo del contrato (*ex continenti*), de manera que formen parte integrante de él: en otro caso, y existiendo por sí propios, entran en la clase comun de los pactos. «*In bonæ fidei contractibus ita demum pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit*» (2). — Estos pactos accesorios son los que se llaman en la doctrina moderna *pacta adjecta.*

La idea de la causa de las obligaciones no se halla expresada en el derecho romano de una manera principal y bien determinada;

(1) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 5. f. Ulp.
(2) Cod. 2. 3. *De pactis.* const. de Maxim.

sin embargo, se halla tanto en realidad cuanto en expresion ; pero con su carácter particular (1). Lo que los jurisconsultos romanos llaman la causa civil (*causa civilis*) de una obligacion, es decir, la causa segun el derecho civil, en los contratos *re* es la dacion ó entrega de la cosa; en los contratos verbales son las palabras ; en los contratos literales es la escritura en la forma establecida ; en los cuatro contratos del derecho de gentes se halla ménos materializada. Pero la jurisprudencia no se ha contentado con esto. Si ha tenido lugar un simple pacto, una convencion no obligatoria, pero que contenga promesas recíprocas, y una de las partes ha ejecutado voluntariamente lo que habia prometido, los jurisconsultos romanos han visto en esta ejecucion una causa de obligacion para la otra, sin lo que se enriqueceria á expensas de la primera. El pacto seguido de ejecucion por una de las partes se halla, pues, provisto de una causa de obligacion (*subest causa*), y se hace, por consiguiente, un contrato que se puede decir formado *re* en el sentido general de esta palabra. Los cuatro contratos reales del derecho civil, el *mutuum*, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, no son los únicos contratos formados *re;* pues se presenta una serie interminable, segun las convenciones, con promesas recíprocas que caben en la imaginacion y en el interes de las partes. — Pero vemos que los jurisconsultos romanos han dicho de los verdaderos contratos del derecho civil, teniendo cada uno su existencia propia, su naturaleza distinta y efectos especiales, que no permanecen bajo la denominacion genérica de convencion, sino que pasan á la propia de un contrato : «*In suo nomine* (*conventionis*) *non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus ; ut emptio venditio, conductio, societas, commodatum, et ceteri similes contractus*» (2) ; miéntras que no puede decirse otro tanto de los pactos que se han hecho, contratos por efectos de la ejecucion. Aun cuando hubiesen recibido en la lengua un nombre particular, como, por ejemplo, el cambio (*permutatio*), no por eso dejan de continuar todos confundidos en una sola y única clase y gobernados por los

(1) Véase la expresion de *causa civilis* y la idea de causa en un fragmento de Pomponio. Dig. 15. 1. *De pecul.* 49. § 2.

(2) Dig. 2 14. *De pactis.* 7. § 1. f. Ulp. El jurisconsulto continúa de esta manera : « § 2. *Sed, etsi in alium contractum res non transeat, subsit, tamen causa*, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem ; ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares dedi ut aliquid facias ; hoc συγάλλαγμα, id est, contractum esse et hinc nasci civilem obligationem, etc. — § 4. Sed, quum nulla subsit causa, propter conventionem, hic constat, non posse constitui obligationem.»

mismos principios. De aquí ha venido el uso de calificar en la doctrina : á los primeros, de contratos llamados (*nominati*), y á los segundos, de contratos innominados (*innominati contractus*).—Estos contratos se refieren todos á una de las operaciones resumidas por el jurisconsulto Paulo del modo siguiente : «*Do tibi ut des; aut do ut facias ; aut facio ut des ; aut facio ut facias*» (1), tomando la expresion *facere* en su sentido más ámplio por toda prestacion. Se ve por esta fórmula que aquí se trata siempre de un primer hecho ejecutado : «*do, facio*». —¿Pero cuáles son las obligaciones que nacen de esta ejecucion? Esto es lo que importa conocer. El que ha ejecutado no tiene derecho para exigir precisamente que el otro dé ó haga á su vez lo que ha prometido, porque procediendo estas promesas de un simple pacto, no son obligatorias ; pero como por el hecho, si la otra no ejecutase, se enriqueceria á sus expensas y le causaria un perjuicio, tiene derecho de perseguirla á fin de hacerla condenar, por falta de ejecucion, en todos los daños y perjuicios : «*ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere*» (2). Para esto tiene una accion que pertenece al derecho civil (*civilis actio*) (3) ; en la cual la pretension del demandante es indeterminada (*qua incertum petimus*), de donde ha procedido la calificacion de *incerta civilis actio* (4); pero que siendo comun á todos los contratos innominados, cualesquiera que sean, no tiene nombre especial para cada uno de estos contratos, y se designa bajo las denominaciones, ya solas, ya reunidas, de *actio in factum* ó *præscriptis verbis* (5), denominaciones que no significan ninguna otra cosa, sino que, como se trata de contratos que no tienen en el derecho nombre propio, y formados sólo por los hechos que han ocurrido, el pretor en la primera parte de la fórmula, la *demonstratio*, las designa al juez por la manifestacion preliminar de los hechos : «*Actio quæ præscriptis verbis, rem gestam demonstrat*» dice muy clara y lacónicamente una constitucion de Alejandro (6); despues, en la *intentio*, venian estas expresiones ge-

(1) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus,* 5. pr. f. de Paul.

(2) Ibid. § 1.

(3) Dig. ibid. 1. § 2. f. de Papin. ; 15. f. de Ulp. — Cod. 2. 4. *De transact.* 33. const. de Diocleo.

(4) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus.* 6. f. de Nerat.—Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis.* 6. const. de Diocleo. y Maxim.

(5) Dig. ibid. 22. f. de Gay.

(6) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alejand.—Verémos en adelante que la expresion *in factum concepta* aplicada á las fórmulas tenía un sentido diferente, que es preciso no confundir con éste.

nerales que establecian una cuestion de derecho civil (*in jus concepta*) sin limitacion determinada (*incerta*) : « QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET. » — Hay ademas en esto de particular que si el contrato innominado ha sido formado por la dacion de una cosa, como es posible devolver ésta, el que ha dado puede arrepentirse, miéntras que lo haga sin perjudicar al otro contratante : «*licet pœnitere ei*» ; es decir, que se le admite que varíe de resolucion y que pida que se le restituya la propiedad de la cosa que ha dado (1) : « *Vel si meum recipere velim repetatur quod datum est, quasi ob rem datam re non secuta* » (2). Hay para esto una condicion que se llama : *condictio causa data causa non secuta;* ó en otros términos : *condictio ob causam datarum* (3).

El cambio (*permutatio*) no es más que un contrato de esta naturaleza, formado no por el solo consentimiento de las partes, sino por la dacion de una cosa para que otra sea dada en retorno : «*do ut des.*» Todo lo que acabamos de decir de los contratos innominados en general, tanto con relacion á la accion *præscriptis verbis*, cuanto á la *condictio*, se aplica al mismo. Se ve por esto cuánto se diferencia el cambio de la venta en sus efectos y en las acciones que de él resultan. Es preciso observar tambien, como diferencia marcada, que en el cambio la convencion entre las partes es de transferirse recíprocamente la propiedad : « *do ut des;* — *utriusque rem fieri oportet* », lo que no tiene lugar en la venta. De tal manera, que si uno de los contratantes ha entregado una cosa que no era suya, no ha habido permuta. « *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* » ; y el que de esta manera ha recibido la cosa de otro, puede inmediatamente reclamar la suya por la condiccion, ó proceder por daños y perjuicios por la accion *præscriptis verbis* (4).

### *Pactos provistos de accion por el derecho pretoriano.—Pactos llamados pretorianos* (pacta prætoria).

El pretor ha procedido de otro modo en ciertos casos. Ha distinguido ciertas convenciones particulares que ha hecho obligatorias

(1) Dig. 12. 4. *De condictione causa data causa non secuta*, 3. § 2 ; y 5 pr. f. de Ulp.

(2) Dig. 19. 5 *Præscript. verb.* 5. § 1. f. de Paul.

(3) Dig. 12. 4. *De condictione causa data causa non secuta.* — 19. 5. *Præscript. verb.* 5. §§ 1 y 2. f. de Paul. ; y 7. f. de Papin.—19. 4. *De rerum permutat.*

(4) Dig. 19. 4. *De rerum permutatione.*—Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis.* —19. 5. *De præscript verb.* 5. § 1. f. de Paul.

por efecto solo del consentimiento, acompañándolas de una accion especial de creacion suya. Estas convenciones son las que se llaman en la doctrina pactos pretorianos (*pacta prætoria*).—Entre estos pactos el más notable, sin disputa, es el pacto de constituto. Existiendo una deuda, ya civil, ya pretoriana, ó áun ya puramente natural (1), si el deudor ú otro cualquiera prometiese, sin estipulacion ni contrato *litteris*, sino por un simple pacto, pagar esta deuda preexistente, el pretor consideraba esta promesa como obligatoria, y daba una accion pretoriana para reclamar su ejecucion. Este pacto es el que los romanos llamaban *constitutum*, constituto. Tomaba su orígen de una institucion análoga del derecho civil, que el pretor habia imitado generalizándola.

En efecto, el uso de los banqueros que hacián el comercio de dinero, y que por esto se llamaban *argentarii*, se practicaba desde los antiguos tiempos y se hallaba sancionado por el derecho civil. Con frecuencia el cliente, en relaciones de negocios con un *argentarius*, cuando era deudor de alguno, llevaba á su acreedor á casa de su banquero, quien pagaba por cuenta de aquél, ó al ménos prometia pagarle en tal dia determinado. Se llamaba esto *recipere*, es decir, *recibir dia para el pago;* y por excepcion de las reglas ordinarias, esta promesa del banquero, aunque hecha sin solemnidad, ni *verbis*, ni *litteris*, sino por simple convencion, era reconocida obligatoria por la jurisprudencia civil y resultaba una accion de derecho civil llamada *actio receptitia*.

El pretor no hizo más que generalizar esta institucion, y aplicar á todos sin distincion lo que sólo tenía lugar en derecho civil para los banqueros, cuando estableció por su edicto que cuando una persona cualquiera hubiese, áun por simple pacto, dado y constituido un dia para el pago de una deuda preexistente, haria ejecutar esta convencion. Así como *recipere* significaba *recibir dia para el pago*, del mismo modo *constituere* significó *dar dia para el pago de una deuda preexistente;* y resultó de aquí una accion pretoriana llamada *actio de constituta pecunia*, como de la simple indicacion de dia dada por el banquero nacia la accion civil *receptitia.*—Salvas, entre estas dos acciones, algunas diferencias importantes que expondrémos en su lugar.

La indicacion de un dia fijo para el pago era de tal modo esen-

---

(1) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 1. §§ 6 á 8. f. de Ulp.

cial en el constituto, que si sólo habia habido simple convencion de pagar, sin constitucion de dia, se habria podido sostener con sutilezas que no se debia. Pero el jurisconsulto Paulo nos enseña que en este caso se dará un breve plazo de diez dias por lo ménos (1).

El texto mismo del edicto relativo á esta institucion pretoriana se conserva, no en su totalidad, sino en su mayor parte, en los fragmentos del Digesto (2). Y Ulpiano nos da á conocer en estos términos el motivo general del pretor : «*Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit : quoniam grave est fidem fallere*» (3).

Ahora, si queremos penetrar cuál era la utilidad ó el efecto de esta innovacion del pretor, la hallarémos mayor de lo que parece á primera vista. Decimos desde luégo que esta promesa, por simple pacto de pagar la deuda preexistente, no variaba en nada la existencia de dicha deuda; no formaba una nueva obligacion, extinguiendo la primera y reemplazándola, sino que era una obligacion nueva y concomitante, que dejaba subsistir la primera tal como se hallaba. Sólo el pago extinguia las dos á un tiempo : «*Solutio ad utramque obligationem proficit*» (4).—Esto supuesto, si la primera fuese una obligacion reconocida por el derecho civil, ó áun sólo por el derecho pretoriano, y ya, por consiguiente, provista de una accion, el constituto hecho por el mismo deudor, salva la ventaja de tener dos acciones, frecuentemente de naturaleza diversa, en vez de una, no presentará notable utilidad sino en cuanto las partes hayan introducido en este pacto de pago algunas modificaciones á lo que exigiria la obligacion preexistente. Era en efecto lo que podia tener lugar en caso semejante y lo que debia ocurrir con más frecuencia (5).—Pero si se supone que la primera obligacion fuese una obligacion natural, procedente, por ejemplo, de un simple pacto, y por consiguiente falta de accion, el constituto, ó pacto de pago, viene á dar al acreedor la accion que le faltaba. De tal manera que, en definitiva, es el medio de obtener en dos veces, es decir, en dos pactos, lo que no podria obtenerse

---

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta.* 21. § 1. f. de Paul.
(2) Ibid. 1. § 1. y 16. § 2. f. de Ulp.—Cod. 4. 18. *De constituta pecunia.*
(3) Dig. Ibid. 1. pr. f. de Ulp.
(4) Ibid. 18. § 3. f. de Ulp. ; y 28. f. de Gay.
(5) Ibid. 1. § 5. f. de Ulp.; 4. f. de Paul.; 3. pr. f. de Ulp.; y 25. pr. f. de Papin.

en uno solo (1).—En fin, en todos los casos, si el constituto se hace por un tercero, que no sea el deudor, presenta una grande utilidad; porquè dicho tercero se encuentra obligado como en fianza de la deuda de otro, sin que por su parte haya habido ni mandato, ni fideyusion : es otra especie de intercesor por simple pacto.—Se ve que, en definitiva, el constituto es un medio fácil é ingenioso, ya de modificar por simple pacto el cumplimiento de una obligacion aunque sea civil, ya de hacer obligatorio por simple pacto el cumplimiento de una obligacion puramente natural, ya en fin de darse por simple pacto caucion de la deuda de otro.

El constituto no se aplicaba en su orígen sino á las obligaciones de cosas *quæ numero, pondere, mensurave consistunt*, designadas con la denominacion general de *pecunia;* Justiniano lo extendió á toda clase de cosas, y refundió en todos los puntos de la accion pretoriana de *constituta pecunia*, la antigua accion civil *receptitia* (2).

### *Pactos provistos de accion por el derecho imperial.—Pactos llamados legítimos* (pacta legitima).

Las constituciones imperiales hicieron á su vez en ciertas convenciones lo que el edicto del pretor habia hecho en otras; las hicieron obligatorias, y que produjesen accion por el solo consentimiento de las partes. Pero aunque estas constituciones tuviesen el carácter de leyes y formasen parte del derecho civil, las convenciones por ellas sancionadas no fueron honradas con el título de *contrato*, cuya lista parecia irrevocablemente cerrada; conservaron la denominacion de pactos, á la que hubo derecho de añadir el epíteto de *legítimos*. Paulo nos da en los términos siguientes la definicion de estos pactos : «*Legitima conventio est; quæ lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus-consulto adjuvatur.*» — En todos los casos en que no han sido acompañados de una accion especial, les es aplicable una accion comun á todos, la *condictio ex lege*. Tal es el principio expuesto por el jurisconsulto Paulo : «*Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis*

---

(1) Ibid. 1. § 7. f. de Ulp.

(2) Cod. 4. 18. *De constitut. pecun.* 2. const. de Justin.

*experiamur, ex lege agendum est»* (1).—En el número de los pactos legítimos se observan principalmente la donacion (*donatio*), y el simple pacto de constitucion de dote (*de dote constituenda*), de que ya hemos tratado (t. I, pág. 440 y sig., 444 y sig.).

*De los pactos nudos ó meros pactos* (nuda pactio; pactum nudum).

Fuera de los casos diversos que acabamos de examinar, la convencion carece de accion. La vemos á veces calificada por los jurisconsultos romanos de *nuda pactio*, *pactum nudum* (2); de donde ha procedido la denominacion de pactos nudos, usada hoy.—Pero estas convenciones no han permanecido en el rigor del estricto derecho civil, careciendo de todo efecto. La jurisprudencia las ha reconocido como capaces de producir obligaciones naturales; son una de las fuentes más abundantes de esta especie de obligaciones. Es preciso, pues, para conocer sus efectos, referirse á lo que ya hemos dicho de la obligacion natural. Lo principal es que, si la ocasion se presenta, se podrán hacer valer por excepcion. «*Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (3).

## TITULUS XXVII.

### DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.

Post genera contractuum enumerata, discipiamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

## TÍTULO XXVII.

### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN CONTRATO.

Despues de enumerar los diversos géneros de contratos, tratemos de las obligaciones que no nacen, propiamente hablando, de un contrato, pero que, sin nacer tampoco de un delito, parece que nacen como de un contrato.

Ya hemos explicado la expresion: *obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur*. Sabemos que, segun el antiguo derecho romano en todo su rigor, las dos causas primitivas de obligacion son únicamente el contrato (*contractum*) y el delito (*maleficium ó delictum*),

---

(1) Dig. 12. 2. *De condictione ex lege*. 1. f. de Paul.
(2) Dig. 2. 14. *De pact*. 7. § 5. f. de Ulp.—Cod. 5. 14. *De pactis conventis*. 1. const. de Sever. y Anton.
(3) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 5. f. de Ulp.

de tal modo que cuando la jurisprudencia civil ha reconocido otras causas que no correspondian á ninguna de éstas, ha dicho, sin embargo, de ellas que eran imitaciones ó figuras variadas de estas causas primitivas (*variæ causarum figuræ*), las ha asociado ya al contrato, ya al delito, segun que ofrecian más analogía con el uno que con la otra, y ha dicho que la obligacion nacia *quasi ex contractu* ó *quasi ex delicto*. De donde se han formado en nuestro derecho, por abreviacion, los sustantivos *cuasi-contratos* y *cuasi-delitos* para designar estas nuevas fuentes de obligaciones. Despues de las que resultan de los contratos (*ex contractu*), el texto expone las que nacen *quasi ex contractu*.

La obligacion, como todo derecho, en esto como en todo, es producida por un hecho. Pero este hecho tiene de particular : por una parte, que no contiene ninguna convencion, ninguna conformidad de voluntades entre las partes acerca de la obligacion que produce, de tal manera que no puede decirse que sea un contrato; por otra parte, que siendo lícito este hecho, no puede decirse tampoco que sea ni un delito, ni áun la figura de un delito. Y como en definitiva se acerca más al contrato que al delito, se le asocia al contrato.—Los principales de estos hechos, de que sucesivamente trata nuestro texto son : 1.°, la gestion de los negocios de otro sin mandato expreso ni tácito (*negotiorum gestio*); 2.°, la tutela y la curatela : 3.°, la comunidad, ya de cosas particulares, ya de universalidades que existen entre muchos sin convencion de sociedad (*communio incidens*) ; 4.°, la aceptacion de una herencia, y 5.°, en fin, el pago hecho por error de una cosa no debida (*solutio indebiti*). Considerando esto más de cerca, se descubre la particularidad, bien notable, de que el mayor número de los hechos que producen obligaciones los tienen análogos en un contrato determinado del derecho civil, de los que son como figuras en cierto modo. Así la gestion de negocios la tutela y la curatela son como figuras variadas del contrato de mandato; y la comunidad accidental es como figura del contrato de sociedad. En fin, el pago hecho con equivocacion de lo que no se debe es comunmente como figura del contrato de *mutuum*. Pero esta analogía tan íntima no se presenta en todos los casos. Y por otra parte, nunca se trata sino de una figura imperfecta, pues el rasgo comun y característico de estos hechos consiste en la falta ó carencia de convencion entre las partes. —El principio de razon que domina estos hechos, y que mo-

tiva la mayor parte de las obligaciones nacidas como de un contrato, consiste en que ninguno debe enriquecerse con bienes de otro. Sin embargo, el otro principio, de que hay obligacion de reparar el perjuicio ocasionado á otro por culpa suya, figura tambien en ellos, aunque muy raras veces. Y como los jurisconsultos romanos han colocado en esta clase diversas obligaciones impuestas por la ley á causa de ciertas relaciones, otro principio aparece tambien en la misma materia : el de la utilidad comun y el de los deberes de familia ó de sociedad.

I. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio; negotiorum autem gestori, contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerit, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset, actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

1. Así cuando alguno ha desempeñado negocios de un ausente, nacen por una y otra parte acciones llamadas *negotiorum gestorum*, accion directa para aquel cuyo negocio ha sido desempeñado contra el gerente, y accion contraria para este último. Es evidente que estas acciones no nacen realmente de ningun contrato, porque tiene lugar cuando alguno, sin mandato, se introduce en los negocios de otro; por eso aquellos cuyos negocios han sido desempeñados están obligados áun sin saberlo. Esto ha sido admitido por utilidad para que los negocios de los ausentes, obligados á partir súbitamente y á toda prisa sin haber confiado á nadie su desempeño, no quedáran en abandono, porque ninguno, sin duda, se ofreceria á cuidarlos si no tenía ninguna accion para reclamar los gastos que en ellos hubiese hecho. Pero así como el que de un modo útil ha desempeñado los negocios de otro tiene á éste por obligado, del mismo modo á su vez está obligado el primero á dar cuenta de su administracion. Esta cuenta debe entenderse hasta comprender la más exacta diligencia, porque no basta al gerente poner en la gestion de los negocios los cuidados que habitualmente pone en los suyos propios, siempre que hubiese otro más diligente que administrase mejor.

II. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenetur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane

2. Los tutores obligados por la accion de tutela, no lo están verdaderamente por un contrato (porque no interviene ningun contrato entre el tutor y el pupilo); pero como cier-

non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed, ex contrario, tutor cum pupillo habet contrario tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

tamente no lo son por un delito, parecen obligados como por un contrato. En este caso hay acciones mutuas, porque el pupilo no es él solo el que tiene accion de tutela contra su tutor, pues éste á su vez tiene contra el pupilo la accion contraria de tutela, si ha hecho en los negocios de este último algunos gastos, contraido alguna obligacion ó empeñado alguna cosa.

A los dos casos expuestos en estos dos párrafos es preciso añadir el de la curatela, y se tendrán las tres especies de hechos que representan como una figura imperfecta del contrato de mandato: la gestion de negocios, la tutela y la curatela. Las obligaciones que resultan de estos hechos se hallan protegidas por acciones recíprocas entre las partes, y divididas, á ejemplo de las del mandato, en acciones directas y contrarias. Para la gestion de negocios: *negotiorum gestorum actio directa*, á la persona cuyo negocio ha sido desempeñado por un gerente; y á éste la *actio contraria*. Para la tutela, *tutelæ actio directa*, al pupilo, al fin de la tutela, y *actio contraria* al tutor. En fin, para la curatela sabemos que por falta de accion especial se habia dado por extension y por utilidad una especie de accion de gestion de negocios: *utilis negotiorum, gestorum actio directa*, á aquel cuya curatela habia sido desempeñada, y *actio contraria* al curador (t. I, p. 242).

III. Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo* judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit; aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contracto obligatus; quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

3. Del mismo modo, si una cosa es comun entre muchos, sin que haya entre ellos sociedad, como, por ejemplo, porque les haya sido legada ó donada conjuntamente, y uno de ellos esté obligado á otro por la accion *communi dividundo*, por haber percibido él solo los frutos de una cosa, ó porque el otro hubiese hecho impensas necesarias, no se halla en realidad obligado por un contrato, pues ninguno ha habido entre ellos; pero como no está por un delito, parece estarlo por un contrato.

*Necessarias impensas.* Nuestro texto habla sólo de las impensas necesarias; pero otros muchos expresan las impensas en general,

sin distinguir si eran necesarias ó simplemente útiles (1). Sin embargo, es cierto que en otro tiempo juzgaban algunos autores que el comunista ó comunero no podia tener accion sino por las impensas necesarias. Esta opinion habia prevalecido respecto de la dote (2), y es probable que el redactor de nuestro párrafo participase de ella. Sin embargo, nada nos obliga á pensar, sobre todo en vista de los muchos textos insertos en el Digesto, que Justiniano, indicando sólo las impensas necesarias, haya querido excluir á las demas (3).

IV. Idem juris est de eo qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

4. Lo mismo sucede respecto del que por los mismos motivos está obligado á su coheredero por la accion *familiæ erciscundæ*.

Los dos casos indicados en los dos párrafos anteriores son aquellos que se presentan como figuras variadas del contrato de sociedad, á saber, la comunidad accidental en una propiedad *pro indiviso*, ó en una herencia. A ejemplo de la accion *pro socio*, se halla aquí expedita una sola y única accion á cada comunero : la accion *communi dividundo*, en el caso de copropiedad *pro indiviso*, y la accion *familiæ erciscundæ*, en el caso de coherencia. Sabemos que el objeto principal de estas acciones consiste en hacer que se verifique la particion y que cese de esta manera el estado de indivision. Que por consiguiente, llevan consigo principal y necesariamente una adjudicacion (véase t. I, p. 286 y 346 de éste). Pero el juez tenía tambien facultad para tomar en consideracion todo aquello á que pudiesen ser responsables unos á otros, los *co-propietarios* ó los *co-herederos*, ya por los gastos de gestion en la cosa comun, ya para percepcion de frutos, deterioros, desigualdad en la particion, ó por cualquiera otra causa semejante, y pronunciar en su consecuencia su fallo. Ya hemos suficientemente indicado las diferencias que distinguen la accion *communi dividundo* de la accion *pro socio*.

Se puede añadir á estos dos casos el de la confusion de límites entre propiedades inmediatas, aunque en éste no haya *co-propie-*

---

(1) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 6. pr., y § 3. f. de Ulp.; 11. f. de Gay.; 12. f. de Ulp.; 14. § 1. f. de Paul.; 22. f. de Pomp.; 29. f. de Paul.—Dig. 17. 2. *Pro socio*. 34. f. de Gayo; y 65. § 13. f. de Paul. —Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 46. f. de Paul.

(2) Dig. 37. 7. *De dot. collat.* 1. § 5. Ulp.

(3) Véase á M. Schrader, *hic*; véase, sin embargo, la *Glossa Taurini*, *hic*.

*dad* ni comunidad como en los dos anteriores. Sin embargo, el hecho indicado establece entre los propietarios inmediatos obligaciones recíprocas de hacer que se verifique la demarcacion de los límites, y de darse cuenta de todo aquello de que fuesen recíprocamente responsables por consecuencia de la confusion. La accion que con este objeto se atribuye á cada uno de los propietarios inmediatos es la accion *finium regundorum* (1). Tiene ésta de particular, que puede tambien contener la *adjudicacion,* si el juez cree conveniente variar los límites en ciertos parajes, salvo el que las partes se entiendan acerca de este cambio.

V. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto, ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

5. El heredero se halla tambien obligado al legatario, no en virtud de un contrato, pues no puede decirse que el legatario haya hecho ningun contrato, ya con el heredero, ya con el difunto, y sin embargo, como el heredero no se halla obligado por un delito, parece estarlo como por un contrato.

Ya hemos explicado (t. I, p. 760) las obligaciones del heredero en cuanto á los legados con que se halla gravado, y las acciones atribuidas en este punto al legatario. Esta especie de obligacion *quasi ex contractu* no puede compararse á ningun contrato determinado.

VI. Item is qui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potius negotium, quam contrahat, sed tamen perinde is qui accipit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo conditione tenetur.

6. Lo mismo sucede á aquel á quien por error se le ha pagado una cosa no debida, el cual parece que es deudor como por un contrato. Es tan cierto que su obligacion no procede de un contrato, que razonando con mayor rigor, podriamos decir, como ya lo hemos dicho, que está obligado por un acto de disolucion más bien que de formacion de contrato. Porque el que da dinero en pago, lo da más bien para disolver que para formar un contrato. Sin embargo, el que lo recibe se halla obligado como si se le hubiése dado en préstamo, y por consiguiente, se halla sometido á la *condictio.*

El que paga aquello de que le consta que no es deudor, no hace un pago para quedar libre de obligacion, sino que más bien eje-

(1) Dig. 10. 1; y Cod. 3. 39 *Finium regundorum.* —Lib. 4. tít. 17. *De offic. jud.* §. 4 á 7.

cuta un acto de liberalidad. La repeticion sólo se concede al que paga por error lo que cree deber y realmente no debe. Sin embargo, no se concede la *condictio indebiti* á aquel que, estando obligado en virtud del derecho natural, cumpliese su obligacion, creyéndose equivocadamente obligado en virtud del derecho civil; porque si la obligacion natural no basta para dar accion, basta para motivar un pago.

Por lo demas, al decir nuestro texto que el que ha recibido una suma no debida se halla obligado como si la hubiese recibido en *mutuum*, considera al que ha recibido esta suma como propietario de ella : el error no impide, pues, que haya en este caso traslacion de propiedad; de tal modo que el pago hecho con error daria lugar á la *usucapion* si la cosa pagada fuese de otro, con tal que el que la hubiese recibido fuese de buena fe. — No pudiendo enajenar los locos y los pupilos, resulta de esto que un pago hecho por ellos, ya á sabiendas, ya con error, no da lugar á ninguna *condictio*, sino á la reivindicacion, si las sumas pagadas existen todavía ; y si no existen, entónces, y sólo entónces, há lugar para ellos á la *condictio*. Si á un loco ó á un pupilo no autorizado se ha hecho el pago de lo no debido, como no puede haberse obligado al recibir, no hay contra ellos la *condictio indebiti*, sino hasta aquello con que se hayan enriquecido en el momento de la *litis contestatio*.

Cuando el pago de lo no debido, hecho con error, tiene por objeto cosas en género, *quæ pondere, numero, mensurave constant*, siendo transferida por el pago la propiedad de ellas, y teniendo por objeto la *condictio indebiti*, lo mismo que la *condictio certi* del *mutuum*, pedir la devolucion de cosas semejantes en la misma cantidad y calidad, el hecho del pago de lo no debido presenta una grande analogía con el *mutuum*, y ha podido compararse con él. Pero este caso no es el único al que se aplican los efectos de la *solutio indebiti*. En esta expresion deben considerarse como comprendidas todas las especies de prestaciones hechas con error en beneficio de otro, aunque no fuesen debidas ; no sólo la dacion ó entrega de cualesquiera cosas, sino tambien la ejecucion de un hecho, la fianza de una obligacion, la suscripcion de un chirographo, el abandono de un derecho, el perdon de una deuda. En estos diversos casos, la *condictio indebiti* no puede tener ya por objeto hacerse restituir en propiedad cosas semejantes, en la misma cantidad y calidad, sino sólo hacer restablecer los hechos ó los dere-

chos, si es posible este restablecimiento; y si no lo es, hacerse indemnizar (1). En semejante caso es evidente que el pago de lo no debido no ofrece ya analogía con el *mutuum*, ni la *condictio indebiti* con la *condictio certi*.

VII. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ *certa constituta* per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt. Quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

7. En algunos casos, sin embargo, la repeticion de lo que ha sido pagado con error, sin deberse, no puede tener lugar. Así lo han decidido los antiguos para los casos en que el importe de las condenas aumenta si hay denegacion: por ejemplo, por lo que fuese pedido en virtud de la ley *Aquilia* ó en virtud de un legado. Esta regla no era aplicada por los antiguos sino en caso de legados de un valor determinado, hechos *per damnationem*. Pero habiendo atribuido nuestra constitucion á todos los legados y fideicomisos una misma naturaleza, ha extendido á todos esta acrecion ó aumento por efecto de la denegacion; con todo, no lo ha concedido á todos los legatarios, sí sólo en casos de legados y fideicomisos dejados á santas iglesias y á lugares venerables, honrados por espíritu de religion ó piedad. Estos legados, aunque hayan sido indebidamente pagados, no están sujetos á repeticion.

En todos los casos en que la denegacion hubiese tenido por efecto, en caso de condena, hacer crecer ó aumentar el importe de estas condenas, se considera el pago como hecho ménos con error que por una especie de transaccion, para evitar la eventualidad de ser condenado en el doble. Por consiguiente, no tiene lugar la *condictio indebiti*.

*Certa constituta*. Teófilo nos da por ejemplo de legados *per damnationem certa constituta*, el que se hace del modo siguiente: YO TE CONDENO, HEREDERO MIO, Á DAR Á TICIO CIEN ESCUDOS DE ORO; y por ejemplo de un legado *per damnationem*, cuyo objeto es *incertum constitutum*, el que sigue: YO TE CONDENO, HEREDERO MIO, Á DAR Á TICIO LA SUMA QUE SE HALLE EN MI COFRE.

*Nostra autem constitutio*. La constitucion de que habla Justi-

(1) Dig. 12. 2. *De condict. indeb.* 22. § 1. f. de Pomp.; 26. § 12 y 31. f. de Ulp.; 39 y 40. § 2. f. de Marcian. — Cod, 4. 5. *De condict. indeb.* 3. const. de Dioclec. y Maximiano.

niano, si es que debe contener textualmente las disposiciones que aquí menciona este emperador, no existe; pero es más probable que ha querido decir que de esta constitucion se podrian deducir las consecuencias que designa en nuestro texto: y entónces dicha constitucion se halla en su código (6. 43. *Commun. de legat.* 2.—1. 3. *De episcop.* 46. § 7).

*Ceterisque venerabilibus.* Estos lugares venerables eran los monasterios, los lugares de refugio para los extranjeros, para los pobres, para los huérfanos, para los recien nacidos y para los ancianos (1).

## *De la prestacion de las culpas.*

Ahora que acabamos de examinar todas las obligaciones nacidas de contratos ó como de contratos, poseemos los elementos necesarios para ver hasta qué punto habian los jurisconsultos romanos sistematizado en esta materia una doctrina importante que ha llamado mucho la atencion, y acerca de la cual se han publicado, principalmente en Alemania, desde el principio del siglo hasta el dia, un gran número de monografías: hablo de la teoría de las culpas. Acerca de este punto no nos queda más, por decirlo así, que resumir.

El perjuicio que una persona experimenta puede proceder ó de un caso fortuito (*casus*), de una fuerza mayor (*vis major*) que el hombre no puede prever ni alejar, ó de un hecho, de una omision, que proceda de otra persona.—Ninguno, á ménos de haber convencion contraria, es responsable de los casos fortuitos ni de la fuerza mayor (2). Á aquel que tiene un derecho, ya de propiedad (ó cualquiera otro derecho real), ya de crédito, corresponde y toca sufrir los accidentes fortuitos ó de fuerza mayor que puedan afectar al objeto de su derecho, ó, como se dice, correr el riesgo (*periculum*).—En cuanto á los hechos ó á las omisiones del hombre, si éste no ha hecho más que usar de su derecho, á nadie es responsable: « *Nemo damnum facit nisi quid id fecit quod facere jus non habet* »;— « *Non videtur vim facere, qui suo jure utitur* » (3). Pero

(1) Cod. 1. 2. *De sacrosanct. eccles.* 23, const. de Justin.

(2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 23. *in fine.* f. de Ulp.—Cod. 4. 24. *De pignorat. act.* 6. const. de Alejand.

(3) Dig. ibid. 151 y 155. § 1. f. de Paul.

si el hecho ó la omision son ilícitos, pueden, segun el caso, ser imputables, es decir, por su naturaleza aplicarse la responsabilidad de ellos á su autor, y producir á éste en materia civil la obligacion de reparar las consecuencias. Cualquiera que sea la analogía que tengan estos hechos con los casos de delitos ó de obligaciones nacidas como de un delito, no tenemos que ocuparnos aquí en esto; debemos exclusivamente considerarlos en los casos de contratos ó de obligaciones nacidas como de un contrato.

Los hechos ilícitos, es decir, contrarios al derecho (*injuria*), que causan perjuicio á otro y son imputables á su autor, se dividen en dolo (*dolus*) y en culpa (*culpa*). Dolo (*dolus*), cuando semejantes hechos han sido cometidos con propósito de causar daño por una persona en estado de razon y de libertad moral; culpa (*culpa*), cuando han tenido lugar sin intencion de causar daño.— El dolo así considerado se diferencia en ciertas circunstancias del que define Labeon, y tiene por objeto engañar á una persona y arrancarle su consentimiento por medio de alguna maniobra (1). Aquí se trata de todo perjuicio ilícito causado con propósito, y aunque sea sin intervencion de la persona perjudicada. Hay una medida bien característica y bien fácil de conocer: el propósito de perjudicar. — En todos los casos es cualquiera responsable de su dolo; y no es permitido convenir ántes de que por él no será uno responsable. « *Illud nulla pactione effici potest ne dolus præstetur* (2).

La palabra culpa (*culpa*) abraza ideas diversas y es susceptible de algunas diferencias. Hay un punto comun, cuál es la falta de intencion nociva.—Esto supuesto, el perjuicio que ha tenido lugar puede ser el resultado, ya de acciones, ya de omisiones perjudiciales: fuerza impulsiva en un caso, simple inaccion en otro. Mas se comprende que si el hombre se halla generalmente obligado á abstenerse de toda accion que á otro sea perjudicial, no se halla igualmente obligado á aplicar su actividad al servicio de otro, á velar por los intereses de otro, y á responder en este punto de los resultados de su inaccion. Pero contratos ó ciertas relaciones particulares pueden llegar á imponerle esta última obligacion.— Esta actividad, este cuidado del hombre con el objeto de alejar todo

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 1. § 2. f. de Ulp.
(2) Dig. 2. 14. *De pactis*. 27. § 3. f. de Paul. — 50. 17. *De regul. jur.* 23. f. de Ulp.

daño que pudiese sobrevenir, recibe de los jurisconsultos el nombre de *diligentia* : del que á ella está obligado, se dice que debe *præstare diligentiam* ; y la omision ó negacion de esta actividad es la *negligentia* ó la *omissio diligentiæ*.— Cuando esta actividad debe aplicarse á la custodia y conservacion de una cosa corpórea, toma el nombre particular de *custodia*, llevando comunmente consigo la idea de ser responsable de los robos, extravíos y usucapiones que habria podido evitar una vigilancia más atenta, y áun á veces de los riesgos fortuitos de la conservacion de la cosa (1).

Los jurisconsultos romanos han dividido bien ostensiblemente la culpa en dos grados. —El primer grado, al cual le dan las calificaciones de *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, culpa grave ó culpa leve, y que habia prevalecido entre ellos asimilada al dolo en cuanto á la responsabilidad de los daños y perjuicios : « *Magna culpa dolus est* » (2) ; de donde ha procedido la denominacion, que todavía le dan, de *culpa dolo proxima*.— El segundo caso, para el cual hallamos las diversas designaciones de *culpa* en general ú *omnis culpa* ; *culpa levis, levior*, y en un solo pasaje *culpa levissima* (3), una pequeña ó ligera culpa.

Pero estos grados ó estos epítetos no son nada, si se nos da el término de comparacion, la unidad de medida. ¿Cuál será, pues, para apreciar la culpa, el término á que la habrémos de comparar? Para esto se presentaban dos medios : ó bien tomar un término de comparacion absoluto en los hombres considerados en general ; ó bien tomar un término de comparacion relativo en el carácter habitual de la misma persona, cuyos hechos se trata de apreciar. Los jurisconsultos romanos se han valido de ambos medios.— Conforme al primero, se tomará por tipo para la culpa grave (*lata culpa*) al comun de los hombres, habrá culpa grave en casos de actos ó negligencias dañosas, que el comun de los hombres no hubiera cometido, cuyas consecuencias todos hubieran comprendido y podido evitar : « *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt* » ; así la define Ulpiano (4). Por el contrario, respecto de la culpa leve (*levis culpa*), se tomará por tipo

(1) Véase lib. 3. 23. § 3 ; — y lib. 4, tit. 1, § 17.

(2) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 226. f. de Paul.— 16. 3. *Depositi.* 32. f. Cels.— 44. 7. *De oblig* 1. § 5. f. de Gay.

(3) Dig. 9. 2. *Ad lege Aquil.* 44. pr.

(4) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. de Ulp.

al padre de familia más cuidadoso y diligente (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Para hallarse exento de toda culpa, será preciso haberse conducido en todo como se habria conducido semejante hombre : « *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset* » (1). Es lo que los jurisconsultos romanos llaman *exacta, exactissima diligentia* : « *Talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet* » (2). Por lo demas, se ve suficientemente por esto que estas diversas expresiones, estos comparativos ó superlativos de epítetos : *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima*, no son más que variaciones de estilo, y que los que de aquí han querido deducir la existencia de tres grados de culpa en el derecho romano, se hallan en un error; porque por la medida que hemos indicado, determinamos el grado; y vemos que esta medida no admite más que dos. — Conforme al segundo medio, se toma por tipo el carácter habitual de aquel cuyos actos se trata de determinar, y se dice, segun el caso, que está obligado á poner más cuidado del que habitualmente pone en sus propios negocios, ó solamente igual : « *Talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet* » (3). Aquí hay otra medida; pero no hay tampoco más que dos grados. Se dice en el lenguaje de la doctrina, con respecto al primer medio de apreciacion, que la culpa es considerada *in abstracto* ; y respecto del segundo, que lo es *in concreto*.

Pero dada la medida de los grados de culpa, ¿segun qué principios será uno responsable en los contratos ó en las obligaciones nacidas como de un contrato, de sólo el primero ó áun del segundo grado de culpa, segun el primero ó segun el segundo medio de apreciacion? No hay en esta parte principios generales ni absolutos. Los jurisconsultos romanos han decidido, segun los casos, y conforme á diversas consideraciones, de que será posible, sin embargo, sacar algunas ideas dominantes. Así, resumiendo todos los casos de responsabilidad que hemos visto, están obligados no sólo por dolo, sino por toda culpa, es decir, por la culpa leve, graduada por los cuidados del padre de familia más diligente : 1.°, el comodatario y el depositante : porque el contrato ha tenido lugar en

(1) Dig. 19. 2. *Locat*. 25. § 7.
(2) Dig. 13. 6. *Commod*. 18. pr. f. de Gay.
(3) Dig. 2. 17. *Pro socio*. 72. f. de Gay.

un solo interes ; 2.°, tanto el que ha dado como el que ha recibido la prenda en el contrato de este nombre ; tanto el vendedor como el comprador, en el contrato de venta; tanto el locador como el locatario en el contrato de arrendamiento ; porque este contrato interesa á una y otra parte ; 3.°, tanto el mandatario como el mandante, aunque el contrato tenga lugar comunmente en el solo interes de este último ; pero á causa de la fe religiosa de este contrato ; y 4.°, en fin, el *negotiorum gestor :* porque se introduce voluntaria y espontáneamente en negocios de otro (1).—Están obligados, por el contrario, únicamente á la culpa grave, á la culpa que no cometeria el comun de los hombres, ó que ellos mismos no cometerian, segun su carácter personal, en la gestion habitual de sus propios negocios : 1.°, el comodante y el depositario, porque en el contrato han prestado un servicio puramente gratuito, y porque respecto del depositario, el deponente tiene la culpa de haber elegido un depositario negligente ; 2.°, los socios, los comunistas ó comuneros y los coherederos en la gestion de la cosa comun, y el marido en la de los bienes dotales (2) ; porque se trata respecto de ellos, no sólo del negocio de otro, sino de su propio negocio, y tienen, por consiguiente, una causa personal para en él tomar parte : « *Hic propter suam partem causam habuit gerendi* » (3) ; disposicion bien razonable, porque compartiendo en los otros el peligro de su mala gestion, su propio interes es una garantía ; y 3.°, en fin, el tutor y el curador, porque teniendo sus atribuciones, tienen tambien una causa personal y necesaria de obrar por otro (4).

## TITULUS XXVIII. — TÍTULO XXVIII.

### PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR. — POR QUÉ PERSONAS ADQUIRIMOS UNA OBLIGACION.

Despues de la exposicion de las obligaciones y de los hechos que las producen, al ménos en cuanto á los contratos y á las relaciones

(1) Á ménos que no lo hubiese hecho como estimulado por sentimientos de amistad (*affectione coactus*), en un caso de urgente necesidad ( Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 3. § 9. f. de Ulp.). Entraria entónces en la categoría que va á seguir.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 72. f. de Gay. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. § 46. — 23. 3. *De jur. dot.* 17. pr. f. de Paul. y 24. 3. *Solut. matrim.* 24. § 5. f. de Ulp.

(3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. 16. f. de Paul.

(4) Dig. 27. 3. *De tutor. et rat. distrah.* 1. pr. f. de Ulp.

análogas, pasemos á tratar de su adquisicion. Tal es la transicion de los títulos anteriores á éste. Adquirimos una obligacion, es decir, nos hacemos acreedores, adquirimos la accion necesaria para obligar al cumplimiento de dicha obligacion, no sólo por nosotros mismos, sino tambien por nuestros esclavos, por nuestros hijos de familia, por los esclavos de quienes tenemos el usufructo ó el uso, por el esclavo de otro, ó áun por el hombre libre que poseemos de buena fe como esclavo nuestro; es decir, no sólo cuando somos nosotros los que hemos sido autores en los hechos que producen obligacion, sino tambien cuando lo son estas diversas personas.— La adquisicion de las obligaciones por medio de estas diversas personas no tiene lugar por todas de una manera absoluta. La introduccion de los diferentes peculios y la diversidad de los derechos del usufructuario, del que usa ó del poseedor de buena fe, dan orígen bajo este aspecto á importantes distinciones que conviene observar. Pero la materia ya ha sido agotada por lo que de ella hemos dicho en dos capítulos anteriores (lib. 2, tít. 9, p. 460 del t. I), y muy poco nos quedará que añadir.

Expositis generibus obligationum quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmeptipsos, sed etiam per eas personas quæ in nostra potestate sunt: veluti per servos et filios nostros. Ut tamen, quod per servos quidem nobis adquiritur totum nostrum fiat; quod autem per liberos quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et ususfructus quam nostra discrevit constitutio : ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

Despues de haber expuesto las diversas especies de obligaciones que nacen de un contrato ó como de un contrato, es preciso observar que podemos adquirir una obligacion, no sólo por nosotros mismos, sino tambien por las personas que se hallan bajo nuestra potestad, como nuestros esclavos y nuestros hijos de familia. De tal modo, sin embargo, que lo que adquirimos por nuestros esclavos se hace enteramente nuestro; miéntras que el beneficio de la obligacion adquirida por nuestros hijos de familia se divide á semejanza de lo que nuestra constitucion ha decretado para la propiedad y usufructo de las cosas. Así el producto que resulte de la accion será del padre en usufructo, conservándose al hijo la propiedad; siendo, por lo demas, intentada la accion conforme á la division establecida por nuestra nueva constitucion.

En cuanto á la adquisicion por el padre de las obligaciones que proceden del hijo de familia, el texto se refiere á las reglas relativas á la adquisicion de la propiedad ó del usufructo, es decir, á la

distincion de los diversos peculios (t. I, p. 460 y sig.) : con la observacion de que en los casos en que el padre no debe adquirir más que el usufructo, no es la obligacion la que se divide así en mera propiedad para el uno y en usufructo para el otro, sino el producto que resulta del cumplimiento de la obligacion. En cuanto al ejercicio de la accion, se atribuye al padre por devolucion (*scilicet patre actionem movente*). Es preciso en esta materia referirse á las constituciones de Justiniano, y observar el caso en que se trata de la adquisicion de una herencia, acerca de la cual disienten el padre y el hijo de familia (1).

I. Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid *ex operibus suis vel ex re nostra* adquirant.

1. Tambien adquirimos una obligacion por los hombres libres y los esclavos de otro que poseemos de buena fe; pero sólo en dos casos, á saber, cuando proviene *de sus trabajos ó de nuestra propia cosa.*

II. Per eum quoque servum in quo usumfructum vel usum habemus, similiter *ex duabus istis causis* nobis adquiritur.

2. *En los mismos dos casos* adquirimos igualmente por el esclavo que tenemos en usufructo ó en uso.

*Ex operibus suis vel ex re nostra.* Ya hemos explicado estas dos causas en cuanto á la adquisicion de la propiedad (t. I, p. 470). Si por precio del trabajo del esclavo que se tiene en usufructo (*ex operibus suis*), ó por precio de la cosa del usufructuario, vendida, alquilada ó concedida de cualquier otra manera por este esclavo (*ex re nostra*), no se hace una dacion, sino que se contrae una obligacion, esta obligacion la adquiere el usufructuario. Lo mismo sucede respecto del poseedor de buena fe con las diferencias que distinguen al uno del otro.

Pero cuando se trata de un esclavo de que sólo tenemos el uso, ¿es cierto que podamos adquirir la obligacion por estas dos causas? Si la obligacion procede *ex re nostra*, la afirmativa es cosa corriente; pero si procede del trabajo hecho por el esclavo en la cosa de otro, ¿no es como una especie de fruto, y pues que no tenemos más que el uso del esclavo, no será preciso deducir que no podrémos adquirirla? Esto es lo que nos parece conforme á los principios. Gayo no habla del que tiene el uso (2), y Ulpiano expresa

(1) Cod. 6. 61. *De bonis quæ liberis*, 6 y 8. const. de Justin.
(2) Gay. Com. 3. §§ 164 y 165.

terminantemente la negativa : «*Si quidem ex operis ejus, non valebit : quoniam nec locare operas ejus possumus*» (1). Nuestro texto no sólo debe, pues, entenderse en cuanto á este punto, sino con relacion al trabajo ó industria del esclavo aplicados á nuestra propia cosa.

III. Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit, veluti cum ita stipulatur : TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES? Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

3. Es cierto que el esclavo comun adquiere para sus señores proporcionalmente á su parte de propiedad, salvo el principio de que estipulando ó recibiendo por tradicion para uno solo nominalmente, adquiere sólo para éste; por ejemplo, cuando estipula así : ¿PROMETES DAR Á TICIO MI SEÑOR? Pero si el esclavo ha estipulado por órden de un solo señor, á pesar de las dudas anteriores, la cuestion desde nuestra constitucion se halla decidida en el sentido de que adquiere, como ya lo hemos dicho, para sólo aquel que le ha dado su órden.

Véase acerca de este último punto el disentimiento que habia entre la escuela de los Sabinianos y la de los Proculeyanos : disentimiento que nos manifiesta Gayo (2), y que Justiniano resuelve en el sentido de los Sabinianos.

### *De la cesion de las obligaciones* (3).

Siendo la obligacion un vínculo de derecho que liga á dos personas determinadas, múdese una de ellas, y ya no tendrémos el mismo vínculo ni el mismo derecho, sino una nueva obligacion. Véase por qué se hallaba reconocido en el derecho civil de los romanos el principio de que, fuera del caso de las sucesiones universales, en las cuales hay continuacion de la persona, no pueden transferirse las obligaciones del acreedor á otra persona (4). Pero desde que se admitió la posibilidad de ejercitar sus acciones y de litigar por medio de procurador, se sacó de aquí un medio indi-

(1) Dig. 7. 8. *De usu*. 14. pr. f. de Ulp.
(2) Gay. Com. 3. § 167.
(3) Dig. 18. 4. Cod. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita.*
(4) Gay. Com. 2. §§ 38 y 39.

recto de trasladar á otro el beneficio de una obligacion : éste fué el de darle el ejercicio de ella por un mandato. Esto es lo que llaman los jurisconsultos romanos *mandare actiones, actiones persequendas præstare*, ó simplemente *præstare, cedere actiones* (1). Aquel á quien se ha hecho la cesion, el cesionario, no es, pues, más que un procurador; pero los jurisconsultos lo llaman *procurator in rem suam* (2), para indicar que ejercitando la accion hace un negocio propio; y debe resultarle un beneficio por ello : «*Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur* (3).

La cesion de las acciones se verifica por un mandato. El consentimiento del deudor de ningun modo es necesario en esto. La obligacion no varía. El acreedor queda siempre siendo acreedor y conserva el derecho de reclamar el pago, salva la necesidad en que se hallaria de restituir al cesionario todo lo que hubiese obtenido (4); sin embargo, aunque segun un principio subsiste siempre su derecho, la excepcion de dolo suministraria al deudor á quien se hubiese notificado la cesion, ó que fuese ya perseguido por el cesionario, un medio de rechazarlo (5). El deudor queda como deudor, con el mismo título y con los mismos medios de defensa. El cesionario por derecho estricto no es más que un procurador, y no puede intentar la accion sino en este concepto y ejercitando las del verdadero acreedor. Sin embargo, la jurisprudencia y las constituciones imperiales han llegado á darle las acciones como á él mismo pertenecientes, bajo la denominacion de acciones útiles (6). Su mandato era, por lo demas, de una índole absolutamente particular : no tenía por esto que dar ninguna cuenta; no podia ser revocado, y ni su muerte ni la del acreedor su mandante debian poner fin á aquél (7).

---

(1) Dig. 17. 1. *Mandat.* 8. § 5. f. Ulp.—46. 3. *De solut.* 76. f. Modestin.—19, 1. *De act. empt.* 31. f. Nerat.—16. 3. *Depos.* 2. f. Paul.—44. 7. *De oblig.* 7. f. Pomp. 15. 3. *De in rem vers.* 3. § 5. f. Ulp.

(2) Dig. 3. *De contract.* 30. f. Paul.—14. 4. *De minor.* 24. pr. f. Paul.—17. 1. *Mandat.* 8. § 10. f. Ulp. 44. 4. *De dol. mal.* 4. § 18. f. Ulp.—Cod. 4. 10. *De oblig.* 6. const. de Diocleo. y Maxim.

(3) Dig. 2. 14. *De pactis.* 13. f. Paul.

(4) Dig. 18. 4. *De hered. vel act. vend.* 23. § 1. f. Hermogen.

(5) Dig. 2. 14. *De pact.* 16. f. Ulp.—2. 15. *De trans.* 17. f. Papin.—Cod. 8. 42. *De novat.* 3. const. de Gordian.

(6) Dig. 2. 14. *De pac.* 16. pr. f. Ulp.—Cod. 4. 39. *De hered. vel act. vend.* 5. const. de Alejand.—7 y 8. const. de Diocleo. y Maxim.

(7) Cod. 4. 10. *De oblig.* 1. const. de Gordian.

## TITULUS XXIX.

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR.

## TÍTULO XXIX.

POR QUÉ MODOS SE DISUELVE LA OBLIGACION.

La misma figura de lenguaje que ha dado orígen á los nombres de *obligatio* y de *contractus*, ha suministrado tambien el de *solutio* para indicar el rompimiento y disolucion del vínculo jurídico, y por consiguiente, la liberacion del deudor. Los nombres *solutio, solvere*, en su acepcion etimológica, tienen el sentido más general y se aplican á todos los hechos que ponen fin á la obligacion, y que en cierto modo desligan al deudor : « *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam* », dice Paulo ;— « *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam, placet* », dice Ulpiano (1).

El modo regular para desligarse el deudor, aquel en cuya vista se ha formado la obligacion y que constituyese su objeto final, es el cumplimiento de lo que debe. Así, la expresion general *solutio*, tomada en un sentido más limitado, se aplica particularmente á este modo principal de liberacion. *Solutio* expresa entónces el cumplimiento, la prestacion de lo que se debe : « *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* » (2). Esto es lo que hoy llamamos el pago. Los romanos dicen tambien, alterando la figura, *solutio nummorum, rem* ó *pecuniam solvere*, para indicar el pago de la suma ó del objeto mismo que se debe (3).

Pero el pago, aunque sea el modo regular y final de liberacion, no es el único. La obligacion puede tambien disolverse por otros medios, que toman su orígen del consentimiento de las partes, ó áun por diversos hechos independientes del consentimiento.—La obligacion, vínculo civil (*vinculo juris, secundum nostræ civitatis jura*), no puede disolverse sino conforme á las reglas del mismo derecho civil (*ipso jure*). Sin embargo, en cuanto á la disolucion de las obligaciones, se ha producido aquí el mismo hecho histórico que respecto de su formacion. Por una parte, los medios de extincion del derecho civil se han extendido ellos mismos con el

---

(1) Dig. 46. 3. *De solut.* 54. f. Paul.—50. 16. *De verb. signif.* 176. f. Ulp.
(2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 176. f. Ulp.—16. 3. *De solut.*
(3) Dig. 46. 3. *De solut.* 46. pr. 47 y 48. f. Marcian. 54. f. Paul.

tiempo : por otra, han intervenido el derecho pretoriano y la jurisprudencia ; y en los casos en que la obligacion, segun el derecho civil, continuaba subsistiendo, hallando injusto que el deudor fuese obligado á ejecutarla, diciendo de él *obligatus manet*, le han dado, con el auxilio de las excepciones (*exceptionis ope*), el medio de defenderse contra la demanda del acreedor (1). Es decir, que del mismo modo que tenemos en el derecho romano obligaciones civiles, pretorianas y naturales, así tenemos liberaciones civiles, pretorianas y de equidad natural. De aquí procede esta division que pasa entre los comentadores como regla general : «*Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur.*» Los modos del derecho civil sólo son modos de disolucion de la obligacion civil ; los otros no son más que medios de defensa. — La Instituta sólo trata aquí de los modos civiles, los verdaderos modos de disolucion, y comienza por el principal, cual es el pago.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem, ex contrario contingit si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

Toda obligacion se disuelve por el pago de la cosa debida ó de otra cosa. Y cualesquiera que sea quien pague, ya el mismo deudor, ya otro por él, poco importa; la liberacion, en efecto, tiene lugar cuando el pago se hace por un tercero, ya á sabiendas del deudor, ya ignorándolo éste, ó áun contra su voluntad. Del mismo modo pagando el deudor, todos aquellos que han intervenido por él, quedan libres. Y por el contrario, si el fideyusor paga, no sólo queda éste libre, sino tambien el deudor.

Sin duda la *æs et libra* han figurado en otro tiempo en el pago, ya realmente, como en los primitivos tiempos pesando el metal, segun vemos en el pago hecho á los galos en el Capitolio (2); ya posteriormente de un modo ficticio respecto de las obligaciones de cantidad cierta (*certa pecunia*), como tipo simbólico de aquellos antiguos tiempos en que el metal se pesaba ; ya mucho más realmente y durante más largo tiempo, respecto de las obligaciones de transferir en propiedad (*dare*) cosas *mancipii*. Pero para la dacion de las cosas *nec mancipii*, comprendidas en ellas la moneda despues de su introduccion general, para las obligaciones de hacer

(1) Gay. Com. 3. §§ 168 y 181. Com. 4. §§ 116 y 117.
(2) Tit. Liv., lib. 5.

ó no hacer, que abracen tantos casos en su generalidad, la ejecucion ó abstencion de los hechos han debido bastar para dejar libre al deudor. En tiempo de Justiniano no exigia el pago ya nada más; sólo el cumplimiento y prestacion de lo que se debe. — Pero si el deudor paga una cosa por otra (*aliud pro alio*), ¿podrá quedar libre? Debe entenderse primero que no podrá hacerlo sino de consentimiento del acreedor: «*Aliud pro alio, invicto creditore solvi non potest*» (1). Pero áun con este consentimiento, ¿quedará disuelta su obligacion? Los Proculeyanos, segun vemos en Gayo, sostenian que segun el derecho civil (*ipso jure*) no lo quedaba; que el vínculo no quedaba roto, pues lo debido no se habia pagado; por consiguiente, sólo concedian al deudor el auxilio de una excepcion. Los Sabinianos eran de opinion contraria (2), y su opinion es la que ha prevalecido; por consiguiente, el pago de una cosa por otra, con el consentimiento del acreedor, lo que se llama ordinariamente *datio in solutum*, disuelve la obligacion *ipso jure* (3).

Respecto de las personas por quienes y á quienes el pago puede hacerse, el texto nos indica suficientemente que el pago puede hacerse aún por un tercero, sabiéndolo ó ignorándolo el deudor, y áun contra su voluntad (4), con tal que este tercero pague por cuenta del deudor y á fin de dejarlo libre; porque si pagase con error, creyendo pagar una deuda suya, tendria la *condictio indebiti*, y el deudor no quedaria desligado. Sabemos por lo demas que el que hace el pago y el acreedor que lo recibe deben ser capaces de enajenar, ó en términos más generales, de hacer peor su condicion (t. I, p. 456 y sig.).

El pago hecho válidamente pone fin, no solamente á la deuda, sino tambien á todos los accesorios, obligaciones de intercesores y de adpromitentes de cualquier naturaleza que sean, derechos de prenda é hipoteca, y todas las seguridades en general (*etiam accesiones liberantur*) (5).

Despues del pago pasemos á los modos de liberacion que tienen su orígen en la voluntad recíproca de las partes, y que pueden

(1) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 2. § 1. f. Paul.
(2) Gay. Com. 3. § 168.
(3) Cod. 8. 42. *De solut.* 16 y 17 const. de Dioclec. y Maxim.
(4) Dig. 46. 3. *De solut.* 23. f. Pomp. 40. f. Marcian. y 53. f. Gay.
(5) Ib. 43. f. Ulp.

romper el vínculo de derecho, sin que lo debido haya sido pagado. —Sobre este punto los jurisconsultos romanos habian reconocido un principio dominante, reproducido en muchos de sus fragmentos, y principalmente en estos términos por Ulpiano: «*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*»; en los siguientes por Gayo: «*Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt*»; y en fin, por Paulo con estas palabras: «*Fere quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur*» (1). Así, pues, á la manera que el derecho civil romano no admitia segun principio que sólo el consentimiento de las partes bastase para formar las obligaciones, del mismo modo no admitia por regla general que fuese suficiente para disolverlas. Así como las obligaciones eran producidas: ó *per æs et libram*, en el antiguo derecho, y con posterioridad simplemente *re;* ó *verbis*, cuando de la formalidad del *æs et libra* fueron segregadas las palabras, ó *litteris*, cuando por escrito se pudo tener como realizada esta formalidad, y ligarse como si ella hubiese tenido lugar; ó en fin, *consensu*, cuando del derecho de gentes fueron aceptados cuatro contratos consensuales; del mismo modo debemos examinar si las obligaciones han podido disolverse; *per æs et libram*, *re*, *verbis*, *litteris* ó *consensu*, y en qué casos.

La obligacion se disuelve *re* cuando se paga la cosa objeto de ella; este modo no es otra cosa más que el pago, y por consiguiente es comun á todas las obligaciones. Pero se presenta sólo para las obligaciones nacidas de los cuatro contratos reales, el *mutuum*, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*. Formadas estas obligaciones *re*, y debiendo por consiguiente disolverse *re*, miéntras que conservan su propia naturaleza, no admiten los otros modos de liberacion consensual.

Respecto de la *æs et libra*, de las palabras (*verba*) y quizá de la escritura en los registros domésticos (*litteræ*), habian éstas servido para verificar cada una una especie de pago imaginario (*species imaginariæ solutionis*) correspondiente á las obligaciones contraidas por el mismo medio, y consintiendo, en resúmen, en suponer, ya *per æs et libram*, ya por palabras (*verbis*), ya por la escritura (*litteris*), que la cosa debida habia sido pagada.

Gayo nos lo dice expresamente de la *æs et libra*, y describe así

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 35. f. Ulp.; 100. f. Gay. 153. f. Paul.

la solemnidad en un texto que, aunque la fórmula haya quedado en parte ilegible, no deja de ser curioso : « *Adhibentur autem non minus quam quinque testes et librepens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur:* QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE..... (quizá *de quo agitur nexus sum, id tibi hoc*) ASSE SOLVO LIBEROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA : HANC TIBI LIBRAM POSTREMAM..... (quizá *porrigo*) DE LEGE ET JURE..... (quizá *liberatus*). *Deinde asse percutit libram, eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa* » (1).

Este modo era el que debia emplearse para la remision de las obligaciones contraidas *per æs et libram* (*quod per æs et libram gestum est*); para la de los legados que constituyen obligacion, es decir, los legados *per damnationem* (*quod per damnationem relictum est*); porque era ésta una obligacion formada *per æs et libram*, pues el mismo testamento se hacía por medio de esta solemnidad; y en fin, para la remision de lo que se debia por sentencia judicial (*quod ex judicati causa debetur*) (2). Esta última deuda no entra en la clase de las obligaciones formadas *per æs et libram*, y puede investigarse por qué se habia á ésta aplicado el pago imaginario *per æs et libram*. Sin duda, habiendo sido admitida la posibilidad de una remision de semejante obligacion, la solemnidad del pago simulado *per æs et libram* en presencia de cinco testigos y del que llevaba el peso, era la única que correspondia de un modo conveniente á la solemnidad y publicidad de la accion y de la sentencia judicial (3).—Ya Ciceron nos habia dado á conocer, precisamente en materia de obligaciones de legados, este modo antiguo de liberacion, que el manuscrito de Gayo ha venido á ilustrar más (4).—Por lo demas, la forma misma de este pago simu-

---

(1) Gay. Com. 3. § 174.

(2) Gay. Com. 3. §§ 173 y 175.

(3) El principio de que la condena era siempre pecuniaria; el de que la primera obligacion habia sido innovada ó alterada desde luégo por la *litis contestatio*, en que los ciudadanos en los primitivos tiempos eran tenidos por testigos, *¡ testes estote !* y el de que habia tenido lugar una segunda innovacion por la sentencia pronunciada tambien por el juez públicamente en presencia de los ciudadanos, ¿todos estos principios no sirven para explicar por qué el pago imaginario debia hacerse tambien en presencia de cinco testigos, correspondiendo al carácter del JUDEX el carácter semipúblico y semiprivado del *libripens*? Estas palabras de la fórmula, DE LEGE ET JURE *liberatus*, ¿no valen tambien alguna cosa?

(4) CICERON, *De legibus*, lib. 2, § 20, hablando del alambicamiento y sutilezas de los jurisconsultos, en cuanto concierne á la obligacion con sacrificios, nos presenta un legatario, á quien el tanto de su legado impusiese estos sacrificios, aliviándose de este peso y haciendo *per æs et libram* remision del legado al heredero testamentario; de tal modo que este legado se considera como no hecho : « Quim etiam cavent, ut cui plus legatum sit quam sine religione liceat, per æs et libram

lado por medio del metal y del peso nos indica bastante que sólo ha debido aplicarse, en su índole primitiva, á las obligaciones de cosas, llamadas por los romanos *certa pecunia*, que se estiman por peso ó por número, despues de la introduccion de la moneda (*quod pondere, numero constat*). Esto es lo que nos dice Gayo (Com. 3, § 175), añadiendo que algunos jurisconsultos creian que era preciso añadir las que se estiman por la medida (*mensura*).

En cuanto á las palabras (*verba*), han suministrado tambien otra especie de pago imaginario (*imaginaria solutio*), que corresponde á la estipulacion, y que consiste en una interrogacion del deudor, preguntando al acreedor si lo que le ha sido prometido lo tiene por recibido, y en la respuesta afirmativa del acreedor: «QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM?—HABEO.» Esto es lo que se llama por parte del acreedor *acceptum ferre; acceptilatio*. Este pago simulado por palabras (*verbis*), sólo es aplicable á las obligaciones que han sido contraidas por este mismo medio (1).

Es natural pensar que las obligaciones formadas *litteris* por la expensilacion hecha en el registro del acreedor con el consentimiento del deudor, han debido poder resolverse por una expensilacion contraria de la misma suma, hecha en el registro del deudor con el consentimiento del acreedor. Sin embargo, es notable que Gayo no lo indique de ningun modo, aunque trata de los pagos imaginarios, ya *per æs et libram*, ya *verbis;* los demas escritos no nos presentan ningun vestigio.

El simple disentimiento se aplica, como modo de disolucion, á los contratos consensuales.—El sumario de cuanto acabamos de decir se halla en este fragmento de Pomponio, que se lee en el Digesto de Justiniano, donde quizá no ha sido inserto íntegramente: «*Prout quidque contractum est ita et solvi debet. Ut, cum recontraxerimus, re solvi debet; veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniæ tantundem solvi debeat, et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis obligatio solvi debeat, verbis, veluti cum ac-*

---

heredem testamenti solvat; propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset.»—Algunas líneas más abajo (§ 21) nos presenta un legatario en la misma circunstancia, librando *per æs et libram* al heredero testamentario de la obligacion del legado; pero estipulando inmediatamente de él igual suma; por manera que no debiéndosele ya á título de legado, sino á título de estipulacion, no lo obliga á los sacrificios: «Ut per æs et libram heredem testamenti solvat; et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is cui legatum est, stipulatus est idipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non alligata sacris.»

(1) Gay. Com. 3. §§ 169 á 172.

*ceptum promissore fit; re, veluti cum solvit quod promisit. Æque cum emptio, vel venditio, vel locatio contracta est; quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest* » (1).

De los diversos pagos imaginarios, la Instituta de Justiniano sólo indica la aceptilacion, cuyo uso era más frecuente y más cómodo; que se habia hallado el medio de extender, como vamos á ver, á todas las especies de obligaciones, y que era el único todavía existente en aquella época.

I. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri ut patiatur, hæc verba debitorem dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et Titius respondeat: HABEO. Sed et græce potest acceptum fieri, dummodo sic fiat ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβών δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

1. La obligacion se disuelve tambien por la aceptilacion. Ésta es un pago imaginario. En efecto, si Ticio quiere hacer remision de lo que se le debe por una obligacion verbal, puede hacerlo, consintiendo en que su deudor lo interrogue en estos términos: LO QUE YO TE HE PROMETIDO, ¿LO TIENES TÚ POR RECIBIDO? y respondiéndole: LO TENGO POR RECIBIDO. La aceptilacion puede tambien hacerse en griego, con tal que en ella se proceda como en las expresiones latinas: ἔχεις λαβών δηνάρια τόσα; ἔχω λαβων. Por este medio, como hemos dicho, se resuelven sólo las obligaciones formadas por palabras, pero no las demas. En efecto, ha aparecido conforme á la razon que una obligacion formada por palabras pudiese disolverse tambien por otras palabras. Pero lo que se debe por otra causa cualquiera, puede comprenderse en una estipulacion y librarse de ello por aceptilacion. Del mismo modo que se puede pagar, se puede tambien hacer aceptilacion por una parte solamente de la deuda.

La aceptilacion por su propia naturaleza era exclusivamente aplicable á las obligaciones contraidas *verbis*. Respecto de cualquier otra obligacion, si aquélla habia tenido lugar, no producia liberacion segun el derecho civil (*ipso jure*). Sin embargo, la jurisprudencia no la hubiera dejado sin efecto; y segun el principio de que, nula como estipulacion, contiene al ménos en sí un pacto (*non sua natura, sed potestate conventionis valet*), hubiera obrado

(1) Dig. 46. 8. *De solut.* 80. f. Pomp.

como tal pacto, y proporcionado al deudor el auxilio de una excepcion. «*Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactatione id acturus videtur ne peteretur*» (1).—Pero los jurisprudentes habian descubierto el medio de extender, áun segun el derecho civil (*ipso jure*), á toda especie de obligaciones al pago imaginario por aceptilacion. Este medio se dedujo de la circunstancia de que la estipulacion podia emplearse para innovar cualquier especie de obligaciones; así era posible reducirlas todas á la forma de una obligacion verbal, y despues de haber variado su naturaleza extinguiéndolas por esta novacion, disolver por aceptilacion la nueva obligacion que las habia reemplazado. Este mecanismo supone el conocimiento de lo que es la novacion ó innovacion; la Instituta lo va á explicar en los dos párrafos siguientes:

II. Est prodita stipulatio quæ vulgo AQUILIANA appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: «Quidquid te mihi ex quacumque causa dare, facere oportet, oportebit, præsens in diem ve aut sub conditione; quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes, tenes posidesve dolove malo fecisti, quominus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne abesne acceptum? respondit Aulus Agerius: Habeo acceptumque tuli.»

2. Se ha publicado una estipulacion llamada comunmente AQUILIANA, por la cual toda obligacion de cosas, cualesquiera que sean, se halla comprendida en una estipulacion, y disuelta en seguida por aceptilacion. En efecto, la estipulacion Aquiliana verifica una novacion de todas las obligaciones, y ha sido declarada por Galo Aquilio en los términos siguientes: «Todo lo que por una causa cualquiera debes tú ó deberias dar ó hacer por mí en la actualidad, por término ó bajo condicion; cualquier cosa por la cual tengo yo ó tendria contra ti accion, peticion ó reclamacion; cualquier cosa mia que tú hagas, tengas ó poseas, ó que por dolo has dejado de poseer; cuanto valga cada una de estas cosas, otro tanto ha estipulado Aulio Agerio que les sería dado en dinero, y ha prometido Numerio Nigidio. Del mismo modo, á su vez, Numerio Nigidio ha interrgado á Aulo Agerio: ¿Todo lo que te he prometido hoy por estipulacion Aquiliana, lo tienes tú por recibido?» Aulo Agerio ha respondido: «Lo tengo y he llevado por recibido.»

Este Aquilio Galo es aquel colega y amigo de quien nos habla

(1) Dig. 2. 14. *De pact.* § 9. f. Paul.—46. 4. *De acceptil.* 8. f. Papin.—18. 5. *De rescind. vend.* 5. pr. f. Julian.

Ciceron (*colliga et familiaris meus*). Discípulo de Mucio, maestro de Servio Sulpicio, colega de Ciceron en la pretura (año 688 de Roma), adquirió entre todos los jurisconsultos de su tiempo una grande autoridad en el pueblo : « *Ex quibus, Gallum maxime auctoritatis apud populum fuisse, Servius dicit* » (1). Discurrió muchas y diversas fórmulas, que permanecieron en la jurisprudencia, para evitar los rigores y dificultades del derecho civil, y llegar á resultados prácticos de mayor utilidad. Tal es aquella, de que ya hemos hablado (t. I, pág. 546), para hacer posible la institucion de los póstumos suyos (2); tales son las fórmulas relativas al dolo, como nos lo manifiesta Ciceron (3); tal es, en fin, la fórmula que nos da aquí nuestro texto, y que se conoce con el nombre de estipulacion Aquiliana.

Esta fórmula, tal como aquí la hallamos, no es otra cosa más que el modelo de uno de aquellos escritos, de que ya hemos presentado diversos ejemplos, destinados á acreditar las estipulaciones, las promesas ó las aceptilaciones hechas entre partes. Los nombres de AULO AGERIO y NUMERIO NEGIDIO eran nombres autorizados entre los jurisconsultos, para las partes que se suponian accionando, en sus modelos de fórmulas. — La fórmula de la estipulacion Aquiliana está redactada en la suposicion de una transformacion completa de todas las obligaciones preexistentes, en una obligacion única y verbal; y de la disolucion inmediata de esta obligacion por medio de la aceptilacion, de tal modo, que el acreedor tiene á su deudor absolutamente quito ó pago de todo lo que hasta aquel dia le deba.

Conviene observar el cuidado y prevision que puso Aquilio Galo para que su fórmula abrazase todos los derechos posibles : CAUSA es la expresion genérica ; OPORTET, OPORTEBIT abraza lo presente y lo futuro : PRÆSENS, IN DIEMVE, AUT SUB CONDITIONE, es relativo á los diversos modos ; ACTIO es la accion *in personam;* PETITIO, la accion *in rem;* PERSECUTIO, el recurso extraordinario ante el magistrado ; HABES se refiere á la vindicacion propiamente dicha ; TENES, á la detencion física ; POSSIDES, á la posesion civil; las expresiones DOLOVE MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDEAS han sido añadidas á la fórmula despues de Aquilio Galo, é indican la

(1) Dig. 1. 2. *De legib.* 2. § 42. f. Pomp.
(2) Dig. 28. 2. *De liber*. 29. pr. f. Scevol.
(3) Véase pág. 279 y nota 1.

obligacion del que ha hecho fraudulentamente desaparecer alguna cosa, y ha hecho que salga de su posesion, para frustrar la reclamacion del que tuviese el derecho de hacerla. Por lo demas, las partes podrian en la práctica limitar esta fórmula y aplicar el procedimiento de ella á tal ó cual obligacion especial en que tenian particularmente la mira. — El modelo de la fórmula se halla concebido como si se tratase inmediatamente despues de haber hecho la estipulation Aquiliana, de extinguirla por aceptilacion; pero vemos en diversos fragmentos que tambien se la empleaba, á veces, para hacer una formal novacion, y para sustituir una obligacion única y verbal, provista de su accion, á todas las obligaciones preexistentes, principalmente en materia de transaccion (1).

III. Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tu Seio debebas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id quod tu Titio debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjicitur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicam, factam novationem, si conditio stiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri nova-

3. La obligacion se disuelve tambien por la novacion; por ejemplo, si lo que tú debias á Seyo te lo estipula de Ticio; porque por la intervencion de un nuevo deudor, nace una nueva obligacion, y la primera, transferida en la segunda, se disuelve, de tal modo que puede suceder que aunque la estipulacion posterior sea nula, la primera, por efecto de la novacion, deja de existir: por ejemplo, si lo que tú debias á Ticio, éste lo estipula de un pupilo no autorizado por su tutor: en este caso, todo derecho se pierde, porque el primer deudor queda libre, y la segunda obligacion es nula. No sucederá lo mismo si estipula de un esclavo; porque en este caso el primer deudor queda obligado, como si la estipulacion posterior no hubiese tenido lugar. Pero si tú haces la segunda estipulacion de tu mismo deudor, no habrá novacion, á no ser que esta estipulacion posterior contenga alguna cosa nueva, por ejemplo, la adjuncion ó la supresion de una condicion, de un término ó de un fideyusor. Lo que hemos dicho de que hay novacion en caso de adjuncion de una condicion, debe entenderse en el sentido de que la novacion tendrá lugar si la condicion se cumple; pero si no se cumple, la

(1) Dig. 2. 15. *De transact.* 2 y 9. § 2. f. Ulp.; 15. f. Paul. — Cod. 2. 4. *De transact.* 3 const. de Alejand. — Paul. Sent. 1. 1. § 3.

**tionem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptionis alii in aliis casibus introducebant.** Ideo nostra processit constitutio quæ appertissime definivit tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contraentes expresum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectiones apertius cognoscere.

**primera obligacion subsiste. Entre** los antiguos era cosa constante que la novacion no tenía lugar sino en cuanto la segunda obligacion habia sido contraida con intencion de novar: se suscitaron dudas acerca de saber cuándo habia existido esta intencion, hallándose introducidas en este punto diversas presunciones, segun la diversidad de los casos. Por esto ha aparecido nuestra constitucion, declarando explícitamente que habia novacion sólo cuando los contratantes hayan expresamente declarado que han contratado para verificar novacion de la primera obligacion: sin lo cual subsistirá la antigua obligacion, y se añadirá á ella la segunda; de tal modo que habrá dos, segun los términos de nuestra constitucion, lo que puede verse más ámpliamente por la lectura de la misma.

Pasemos ahora á otro modo de disolucion de las obligaciones, reconocido por el derecho civil (*ipso jure*) : la novacion (1).

El derecho civil, en efecto, habia admitido que se pudiese disolver una obligacion reemplazándola con otra contraida en su lugar. De aquí procede la definicion y etimología de la palabra novacion, que nos da Ulpiano : « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem..... transfusio atque translatio : hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione* » (2).

Todas las obligaciones, ora hayan sido formadas *re, verbis, litteris* ó *consensu*, ora provengan de un contrato, ó como de contratos, de delitos, ó como de un delito, todas pueden ser novadas. « *Omnes res transire in novationem possunt* », dice Ulpiano lacónicamente (3). — Segun los principios del derecho civil hay en esto seguramente un resultado bastante notable ; porque la primera obligacion se hallará disuelta sin que haya habido ni pago ni liberacion, por el modo mismo que habia servido para contraerla y se reconocerá en la forma empleada para establecer el nuevo vínculo,

(1) Gay. Com. 2. §§ 38 y 39; Com. 3. § 176 á 179. — Dig. 46. 2; y Cod. 8. 42. *De novationibus et delegationibus.*
(2) Dig. 46. 2. *h. tit.* 1. pr. f. Ulp.
(3) Ib. 2 y 1. § 1. f. Ulp.

el poder de crear á un mismo tiempo esta nueva obligacion y de disolver la primera. — Desde luégo se conoce que todos los modos admitidos para obligarse no podrán tener semejante poder; que será preciso ántes de todo un modo del derecho civil; y que entre éstos todavía no serán todos capaces, por su misma naturaleza, de producir un efecto semejante. El contrato verbal de estipulacion y el antiguo contrato *litteris* eran los únicos contratos por los cuales podia verificarse la novacion; fuera de que, independientemente de estas novaciones contractuales, las diversas fases de los litigios las producian, en ciertos casos, forzadas, que podria calificar de novaciones jurídicas ó judiciales, y que es preciso mencionar aquí para completar la exposicion. Pero, á decir verdad, el único modo general de novacion, y el más cómodo, el único que se plegaba á todas las voluntades de las partes para la nueva obligacion que se contraia y para los modos que en ella se empleaban, el único que fué vulgarmente usual, y el único, en fin, que hallamos mencionado en los escritos que tratan especialmente la novacion, es el contrato de estipulacion. « *Quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novare potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione.* » — « *Et utrum verbis, an re, an consensu, cualiscumque igitur obligatio sit quæ præcessit, novari verbis potest* » (1).

Para que haya novacion es preciso que exista una primera obligacion. Por lo demas, poco importa que esta obligacion sea civil ó pretoriana, ó puramente natural (*utrum naturalis, an civilis, an honoraria*) (2); porque es preciso reproducir aquí lo que hemos ya dicho acerca de que las obligaciones naturales pueden servir de base á una novacion, como á los diversos contratos accesorios de garantía.

Es preciso tambien que la estipulacion que ha tenido lugar para verificar la donacion exista como contrato verbal, segun el derecho civil, y que la nueva obligacion que ha tenido por objeto producir, exista y sea eficaz, al ménos naturalmente: «*Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter.*»—Este doble principio nos servirá para explicar dos puntos de nuestro texto, que no han sido admitidos sin controversia en la jurisprudencia,

(1) Ulpiano, los mismos fragmentos que en la nota anterior.
(2) Ulpiano, los mismos fragmentos que en la nota anterior.

ni comentados sin dificultad por los modernos : — 1.º Vemos por nuestro texto, que la novacion podria resultar de una promesa por estipulacion hecha por un pupilo, áun sin autorizacion de su tutor, pero no de la hecha por un esclavo. Sin embargo, lo mismo en el uno que en el otro caso, se forma una obligacion natural : ¿por qué, pues, esta diferencia en cuanto á los efectos relativos á la novacion? Gayo nos manifiesta que no sin discusion habia sido admitida esta diferencia. Servio Sulpicio pensaba que áun por consecuencia de la promesa verbal hecha por un esclavo se hallaba novada la primera obligacion, y por consiguiente disuelta. Pero la opinion contraria habia prevalecido (*alio jure utimur*). En efecto, no basta para la novacion que haya nacido una nueva obligacion, al ménos natural ; es preciso que esta obligacion haya nacido de un contrato verbal ; es preciso que haya habido en la forma contrato verbal. Mas esto es lo que ocurre cuando la promesa verbal ha sido hecha por un pupilo no autorizado, porque, aunque pupilo, es ciudadano romano, y puede interrogar ó responder en un contrato *verbis*, salvas las reglas relativas á sus obligaciones: en la forma hay contrato verbal. Pero cuando es un esclavo quien promete, no hay, dice Teófilo, promitente ; porque si ha sido permitido al esclavo figurar á nombre de su señor, en el contrato *verbis*, en calidad de estipulante, no le ha sido permitido figurar en él como promitente. No hay, pues, ni áun en la forma, contrato verbal; ni más, dice Gayo, que si se hubiese estipulado por la fórmula quiritaria SPONDES? de un peregrino, á quien no se hubiese concedido la comunicacion de esta fórmula (1). — 2.º El texto nos dice tambien que si la estipulacion que interviene para novar es una estipulacion condicional, la misma novacion es sólo condicional, y que llegando á faltar la condicion, no tendrá lugar la novacion, y continuará subsistiendo siempre la primera obligacion. Servio Sulpicio habia sido de opinion contraria ; pensaba que la primera obligacion era inmediatamente novada por la estipulacion, aunque ésta fuese condicional. La opinion opuesta habia prevalecido (*sed in utroque casu alio jure utimur*). Esto pareceria deber ser una cuestion de intencion : ¿han querido las partes sustituir definitivamente á la primera obligacion la segunda, por condicional que ésta fuese? ¿ó no han querido verificar sino una novacion condi-

(1) Gay. Com. 3. § 179.

cional? Pero los jurisconsultos romanos habian discurrido con más rigor y sutileza. Para que la novacion se cumpla es preciso que haya nueva obligacion : luego si la condicion llega á faltar, no habia habido obligacion. La novacion es sólo, pues, condicional : «*Non statim fit novatio; sed tunc demum cum conditio steterit*» (1).

La nueva obligacion verbal, extinguiendo y reemplazando á la primera, puede ser contraida por un nuevo deudor en favor del mismo acreedor; porque así como un tercero puede pagar la deuda por el deudor, de la misma manera puede novarla. Esto es lo que se llama en la acepcion más general *expromittere;* y el que por su promesa libra de este modo al deudor, toma el nombre de *expromissor* (2). Es una especie particular de *intercessor*. Este cambio de deudor exige necesariamente el consentimiento del acreedor; pero puede tener lugar sin el primitivo deudor. Á este último caso, es decir, cuando el nuevo deudor interviene y verifica la novacion sin participacion del antiguo, se aplica más particularmente el nombre de *expromissio;* y se da el de *delegatio* al caso en que el mismo antiguo deudor es quien proporciona á su acreedor otro deudor en su lugar. «*Delegare est vice súa alium reum dare creditori vel cui jusserit*» (3).—La nueva obligacion verbal puede tambien contraerse por el mismo deudor con un nuevo acreedor, con tal que sea con órden del acreedor. Gayo nos presenta esta especie de novacion como un medio ingenioso de trasladar á otro el beneficio de un crédito : «*Opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris, quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri : quæ dicitur, novatio obligationis*» (4). Puede serlo áun por un nuevo deudor con un nuevo acreedor, en virtud de órden del antiguo; esto resulta de la definicion que acabamos de dar de la delegacion, segun Ulpiano (*alium reum dare creditori, vel cui jusserit*). — En fin, puede suceder que el deudor y el acreedor sean los mismos.

---

(1) Dig 46. 2. *h tít.* 8. §§ 1 y 14. pr. f. Ulp.

(2) Esta expresion es general y se emplea aún en los casos en que el *expromissor* ha sido dado por el primitivo deudor. Dig. 13. 7. *De pignerat.* 10. f. Gay. — 16. 1. *Ad S. C. Vellej.* 8. § 8. f. Ulp. — 38. 1. *De oper. lib.* 37. §§ 4 y 8. f. Paul. — 42. 1. *De re jud.* 4. § 3. f. Ulp. — Con equivocacion, pues, se la limita exclusivamente, en el ejercicio de la práctica, al caso en que el deudor primitivo permanece extraño á la novacion. Obsérvese el valor diferente de estas diversas preposiciones *cum*, *ad* y *ex*, en las palabras de *correi promittendi, adpromissor* ó *expromissor*.

(3) Dig. 46. 2. *h. tít.* 11 y 17. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 3. § 38.

En este caso, si lo estipulado fuese debido en virtud de otra causa que no fuese un contrato verbal, por ejemplo, por consecuencia de un *mutuum*, de un depósito ó de un delito, nadie duda que aunque nada se haya variado en el objeto ni en los modos de la obligacion, deja de haber novacion : en esto se hallaba fundada la posibilidad de extinguir por aceptilacion todas las deudas (1). Pero si proviniendo la primera obligacion de una estipulacion, la segunda en nada se diferencia de ella, no se ve en lo que haya podido caber variacion y en qué podria decirse que hay novacion. En el supuesto de un caso semejante, Gayo, y nuestro texto conforme con él, dicen que no habrá novacion si la estipulacion posterior no contiene alguna cosa nueva (*si quid novi sit*). Es preciso observar en este punto lo que dice nuestro texto de la adjuncion ó supresion de un fideyusor. Gayo en su Instituta sólo habla de un *sponsor*. Se concibe, en efecto, que la *sponsio*, como hemos dicho, no pudiendo intervenir ni ántes ni despues del contrato principal, pero debiendo tener lugar al mismo tiempo en una sola y única operacion, era preciso proceder á un nuevo contrato verbal para añadir ó para quitar un *sponsor*, y que desde entónces habia podido suscitarse la cuestion acerca de si en este caso habia novacion : la afirmativa sólo habia prevalecido despues de una controversia entre las dos escuelas y contra la opinion de los Proculeyanos (2). Respecto del *fidejussor*, que los redactores de la Instituta de Gayo han sustituido al *sponsor*, la idea de una novacion no es más admisible, á ménos de suponer que los contratantes extinguen la primera obligacion verbal, y la reemplazan por una segunda idéntica, sólo para dejar libres á los fideyusores que le habian garantido, ó que el mismo deudor prometa de nuevo la cosa, obligándose á presentar un fideyusor.

En resúmen, se deduce de lo que precede que la novacion puede verificarse por la variacion ó de deudor ó de acreedor, ó de deudor y acreedor á un tiempo, ó de deuda sólo.

En todos los casos es esencial la cuestion de saber si las dos obligaciones que se suceden son dos obligaciones distintas, independientes una de otra, ó si la primera se halla disuelta y reemplazada por la segunda. Vemos por el texto que en el antiguo

(1) Lo que hemos dicho ántes de la estipulacion, interviniendo inmediatamente despues de una numeracion de especies, se halla fundado en motivos particulares.

(2) Gay. 3. § 178.

derecho romano era esto sólo una cuestion de intencion : « *Si hoc agatur, ut novetur ;—Si modo id actum sit, ut novetur ; —Si novationis causa hoc fiat ; — Si novandi animo secunda stipulatio facta est*» (1) ; cuestion susceptible sin duda de producir de hecho grandes dificultades de apreciacion y numerosos litigios. El texto nos dice tambien cómo Justiniano, para allanar estas dificultades, decidió expresamente por una constitucion que no habria novacion sino cuando las partes hubiesen expresa y formalmente declarado que tal era su intencion. Sin embargo, esta constitucion no es de tal manera clara que su interpretacion haya dejado de suscitar difíciles controversias entre los comentadores ; entendiendo los unos la necesidad de esta declaracion expresa de las partes radicalmente y para todos los casos, y los otros sólo para aquellos en que su intencion pudiese ser dudosa (2).

En cuanto á la novacion por el contrato *litteris*, que el *nomen transcriptitium* tenga lugar, ya *a re in personam*, ya *a persona in personam*, lo que hemos dicho acerca de él bastará para hacérnosla conocer. Hay de particular que Gayo, despues de haber tratado de la obligacion *litteris* entre los contratos, no la indica en el número de los medios de verificar la novacion, cuando llega á esta materia. La obligacion preexistente figura aquí más bien como motivo de la inscripcion del *nomen* que como objeto principal de una novacion que las partes hubiesen querido hacer.

En fin, lo que concierne á las novaciones jurídicas ó judiciales es bien digno de ser notado. Ya hemos tenido ocasion de decir que en las acciones *in personam* calificadas de *judicia legitima*, los trámites del litigio verificaban dos veces una novacion, la primera por efecto de la *litis contestatio*, y la segunda por el de la sentencia. De tal modo que el demandado se halla sucesivamente obligado, primero por la causa productora de su obligacion, despues por la litis-contestacion (*litis contestatione*), y en fin, por la sentencia (*ex caüsa judicati*). Los antiguos, segun Gayo, resumian esto en los siguientes términos : « *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere*» (3). Esta especie de novacion, que sólo por Gayo nos ha sido perfectamente declarada, y acerca

(1) Dig. 46. 2. *De novat.* 2. 8. §§ 2 y 5. f. de Ulp. ; 28. f. de Papin.
(2) Cod. 8. 42. *De novat.* 8. const. de Justin.
(3) Gay. Com. 3. § 180.

de la cual volverémos á tratar cuando hablemos de las obligaciones, nos habia sido ya indicada principalmente por este fragmento de Paulo, que nos señala entre ella y la novacion voluntaria una diferencia bastante considerable (*aliam causa esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt*, etc.), á saber : que éstas no extinguen los privilegios, prendas ó hipotecas correspondientes al antiguo crédito : « *Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem excercentes, sed meliorem* » (1).

IV. Hoc amplius, eæ obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum; deinde re nondum secuta, id est, neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt.

4. Ademas, las obligaciones que se contraen por el solo consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria. Porque si Ticio y Seyo han convenido en la venta del fundo Tusculano á Seyo por cien escudos de oro, y en seguida, ántes de ningun hecho de ejecucion, es decir, ántes de que haya habido pago de precio ó entrega del fundo, convienen en separarse de esta compra y de esta venta, quedan mutuamente libres. Lo mismo sucede en el arrendamiento y en todos los contratos formados por el solo consentimiento.

Este párrafo sólo se aplica en un supuesto, cual es que despues de haber celebrado un contrato consensual, una venta, un arrendamiento, una sociedad ó un mandato, quieren las partes de comun acuerdo separarse de dicho contrato, y disolverlo como si nunca hubiese existido. Para esto es absolutamente preciso que las cosas se mantengan íntegras : « *Integris omnibus;—omnibus integris manentibus;—antequam fuerit res secuta;—si res secuta non fuerit;—priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur;—re integra* », dicen y repiten todos los textos acerca de este punto. En efecto, si ha tenido lugar por una ú otra de las partes un principio de ejecucion, ó si ha perecido el objeto del contrato, no es ya posible revocar los hechos cumplidos, impedir que haya existido lo que ha tenido lugar, y hacer que se desvanezca el contrato como si nunca se hubiese verificado. La única cosa posible es por una parte hacer que cese para en adelante, si como el mandato, la sociedad ó el arrendamiento, abraza un tiempo determinado; y

(1) Dig. 46. 2. *h. tit.* 29. f. de Paul.— 50. 17. *De reg. jur.* 86 y 87. f. de Paul. — Véase tambien Fragm. del Vatic. § 263 : « *Nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit.* »

por otra reparar en lo posible sus efectos, respecto del tiempo pasado, por medios á propósito para obtener este resultado. Que se lean todos los textos relativos á este principio, *integris omnibus;* todos se hallan redactados en el supuesto de un contrato que las partes quieran disolver como cosa no verificada (1).

¿Pero esto quiere decir que despues que una de las obligaciones haya sido ejecutada, la que queda no puede hallarse disuelta por el simple consentimiento; por ejemplo, que el vendedor, despues de haber hecho entregar la cosa vendida, ó bien que esta cosa haya perecido sin culpa suya y por caso fortuito, no pueda ya hacer por simple consentimiento remision al comprador de la totalidad ó de una parte del precio? Mucho lo dudo. ¿Qué accion tiene para reclamar el precio? La accion *venditi;* en todos los contratos consensuales una accion de buena fe, es decir, una accion en la cual nunca es necesario hacer insertar ninguna excepcion fundada en la equidad, y cuyos efectos se destruyen, por consiguiente, por el simple pacto *de non petendo* (2).

Independientemente de las cuatro causas expuestas en nuestro título, que segun el derecho civil disuelven las obligaciones, el pago, la aceptilacion, la novacion y el mutuo disentimiento, existen algunas otras reconocidas tambien por el derecho civil, como la confusion, la pérdida de la cosa por caso fortuito, sin culpa ni por demora del deudor, en las obligaciones de cuerpos ciertos, etc.—En cuanto á las que, segun el derecho civil, dejan subsistir la obligacion, pero que proporcionan al deudor una excepcion para defenderse de la accion del acreedor, tales como el pacto de remision, el juramento, la transaccion, la compensacion, etc., hablarémos de ellas cuando corresponda, segun el órden de nuestro texto.

---

(1) Dig. 2. 14. *De pact.* 58. f. de Nerat.—18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. de Papin.—18. 5. *De rescind. vend.* 3. f. de Paul., y 5. § 1. f. de Julian.—46. 3. *De solut.* 80. fr. de Pomp.; 95. § 12 f. de Pap.—Cod. 4. 45. *Quando lic.* 1. const. de Dioclec. y Maxim.—Y principalmente titulo XXVI, § 9, donde la condicion *re integra* se exige áun en el mandato.

(2) Conf. Dig. 2. 14. *De pact.* 58. f. de Nerat.; y 18. 1. *De contrah. empt.* 72. f. de Papin.

# RESÚMEN DEL LIBRO TERCERO.

(DESDE EL TIT. XII AL XXIX.)

## DE LAS OBLIGACIONES.

### *Nocion, sujetos y objetos de la obligacion.*

La obligacion constituye lo que se llama hoy derechos *personales*.

Se define en la Instituta : «*Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.*» Los principales términos técnicos que á ellas se refieren en el lenguaje del derecho están tomados de esta figura de lenguaje : un vínculo, una ligadura, que sujeta una persona á otra.—En ella hallamos indispensablemente como sujetos del derecho dos personas : la una sujeto activo, que se llama *creditor*, acreedor (de *credere*, tener confianza, dar crédito); la otra sujeto pasivo, llamada *debitor*, deudor.

El objeto de la obligacion se dirige siempre en definitiva á una cosa que se trata de suministrar (*alicujus solvendæ rei*), tomando la palabra *cosa* en su más ámplia acepcion jurídica. *Dare, facere, præstare*, son tres palabras cuya reunion es constante en las fórmulas del derecho romano, para abrazar en toda su generalidad el objeto que pueden tener las obligaciones. *Dare* se refiere únicamente á la traslacion de la propiedad romana; *præstare* es la expresion más general, aplicable á toda especie de ventaja que se trata de proporcionar; en una palabra, á toda especie de *prestation*, ya de cosas, ya de derechos, ya de hechos positivos ó negativos.

### *Diversas especies y efectos de la obligacion.*

La definicion romana de la obligacion sólo se aplica á la obligacion existente segun el derecho civil (*secundum nostræ civitatis jura*). Sin embargo, el tiempo hizo admitir en el derecho romano tres clases diversas de obligaciones: 1.°, obligaciones civiles (*civiles obligationes*), las que existen y producen sus efectos segun el derecho civil; 2.°, obligaciones pretorianas ú honorarias (*pretoriæ vel honorariæ obligationes*), las que han sido introducidas por la constitucion pretoriana, y provistas de medios pretorianos para llevarse á efecto; y 3.°, en fin, las obligaciones naturales (*naturales obligationes*), las que no se hallan confirmadas ni por derecho civil ni por derecho pretoriano, pero cuya existencia se halla reconocida por la jurisprudencia filosófica, con algunos efectos fundados sólo en el derecho de gentes y en la razon natural.

El efecto principal de la obligacion civil consiste en la necesidad que el deudor tiene de hacer la prestacion á que se halla obligado, y en la accion que el acreedor tiene para obligarle á ello. La obligacion pretoriana produce tambien una accion, pero una accion sólo pretoriana; ya accion *útil*, ya accion de invencion del pretor.

En fin, las obligaciones naturales no producen ninguna accion ni civil ni pretoriana; pero lo que ha sido pagado en cumplimiento de estas obligaciones no puede ser reclamado como no debido y pagado por error; el acreedor puede hacerlas valer por el medio de las excepciones si se presenta la ocasion; y pueden servir de base á contratos accesorios ó de garantía, que suponen una obligacion preexistente.

### *Fuentes ó causas de las obligaciones en general.*

Todo derecho es producido por un hecho; por consiguiente, no hay obligacion que no proceda de un hecho. No considerando las cosas más que filosóficamente: 1.°, el mutuo consentimiento de las partes; 2.°, los hechos por consecuencia de los cuales puede una persona haber perjudicado á otra por culpa suya: casos que se

hallan bajo la máxima de razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado sin razon; 3.°, los hechos por consecuencia de los cuales pueda una persona, ya voluntaria, ya involuntariamente, haberse enriquecido con bienes ó cosas de otro; casos que se rigen por aquella otra verdad moral, de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro; y 4.°, en fin, ciertas relaciones entre las personas en la constitucion de la familia ó de la sociedad: tales son los hechos que la pura razon filosófica nos presenta como capaces de producir obligaciones.

Pero el derecho civil de los romanos no ha procedido tan ámpliamente. No ha reconocido obligacion, *vinculum juris*, sino en casos rigorosamente determinados por él, y pocos. Sólo por grados, por el edicto del pretor, por la jurisprudencia, por las constituciones imperiales y por la intervencion cada vez mayor de las ideas del derecho de gentes, se extendieron estos casos.

Así respecto de aquellos que toman su orígen del consentimiento de las partes, la palabra contrato (*contractus*) se halla reservada para las convenciones especialmente reconocidas como obligatorias, y provistas de una accion por el antiguo derecho civil de los romanos; en este punto la marcha parece haber sido ésta: 1.°, el *nexum*, operacion *per æs et libram*, reemplazada con el tiempo por la simple tradicion ó entrega de la cosa, es decir, la reunion del símbolo material y de las fórmulas sacramentales; 2.°, las fórmulas sacramentales solamente, primera derivacion de la operacion *per æs et libram*, que se supone cumplida; 3.°, la escritura revestida de un carácter civil, en un registro especial, y por decirlo así, consagrado; segunda derivacion de la operacion *per æs et libram*, que se supone tambien practicada; y 4.°, en fin, el simple consentimiento, pero sólo en cuatro casos derivados del derecho de gentes y admitidos por el derecho civil. De aquí han procedido cuatro clases de contratos: 1.° *re*, 2.° *verbis*, 3.° *litteris*, 4.° *consensu*. Fuera de estos contratos la convencion de las partes recibe el nombre de *pactum*, *pactio*, *conventio*. Segun el estricto derecho civil no produce obligacion; sin embargo, muchas circunstancias pueden modificar este rigor y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

Respecto de los hechos que no son el resultado del consentimiento mutuo de las partes, el antiguo derecho civil, bajo el nombre de *noxa*, y posteriormente de *maleficium*, *delictum*, ha preci-

sado y provisto de una accion en un cierto número de casos, en los cuales resulta la obligacion del perjuicio causado á otro sin razon; y el derecho pretoriano ha hecho en esto algunas adiciones. — De aquí proceden dos fuentes de obligaciones; el contrato y el delito: «*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*»; y cuando la jurisprudencia llega á descubrir causas diferentes, las refiere y asimila á las dos fuentes primitivas; dice que son como figuras variadas de estas causas legítimas (*variæ causarum figuræ*); que la obligacion nace como naceria de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*). De donde especificando los pormenores del sistema en su totalidad, ha habido cuatro orígenes para las obligaciones: *ex contractu* ó *quasi ex contractu; ex maleficio* ó *quasi ex maleficio.*

### *Fuentes ó causas de las obligaciones en particular.* — *De los contratos.* — 1.° *Contratos formados* re.

Estos contratos son cuatro: 1.°, el *mutuum*, que hoy llamamos préstamo de consumo; 2.°, el *commodatum*, llamado por nosotros préstamo de uso; 3.°, el depósito (*depositum*), y 4.°, la prenda (*pignus*). Estos contratos en el más antiguo derecho civil de los romanos tenian lugar por la mancipacion, *per æs et libram*, reemplazada con el tiempo por la tradicion ó por la simple entrega de la cosa. Se dice que no puede existir sino por esta entrega (*re*), porque la obligacion esencial y característica que producen es la obligacion de devolver; mas no se puede devolver lo que ántes no se haya recibido.

El *mutuum* es un contrato en que uno de los contratantes transfiere en propiedad á otro cosas que se consideran *in genere*, y que éste se obliga á devolverle en un plazo determinado, en la misma cantidad y calidad. Este contrato produce una sola obligacion: la de devolver. No existe, si el que ha entregado las cosas no era propietario de ellas. — El *S.-C. Macedoniano* decide que cualquiera que haya prestado dinero á un hijo de familia sin el consentimiento de su padre, no tendrá ninguna accion para hacérselo devolver.

El *commodatum* es un contrato en que uno de los contratantes entrega gratuitamente al otro, con facultad de servirse de ella,

una cosa considerada como cuerpo cierto (*in specie*), que éste se obliga á restituirle idénticamente en un plazo determinado. El prestamista se llama en el derecho romano *commodans*: y el que recibe el prestamo es designado por esta perífrasis, *qui commodatum accepit*. Este contrato no transfiere al que recibe á préstamo ni la propiedad ni la posesion de la cosa. Puede aplicarse áun á la cosa de otro. Es esencialmente gratuito, bajo pena de degenerar en alguna otra convencion. Da orígen á dos obligaciones: la una producida inmediata y necesariamente por el contrato, cual es la del que recibe á préstamo obligado á conservar y devolver la cosa; la otra que puede nacer por consecuencia de hechos posteriores (*ex post facto*), cual es la del prestamista obligado á indemnizar, al que ha recibido el préstamo, de ciertos gastos ó de ciertos perjuicios sobrevenidos con ocasion de la cosa. El que recibe á préstamo es responsable generalmente de su dolo y de toda culpa que no cometeria un diligentísimo padre de familia; el prestamista, sólo de su dolo y de la culpa grave asimilada al dolo.

El *depositum* es un contrato en que uno de los contratantes entrega á otro para que la guarde una cosa considerada como cuerpo cierto (*in specie*), que éste se obliga gratuitamente á guardar y á devolver cuando se la pida. El que ha hecho el depósito se llama *deponens*, y el que lo ha recibido *depositarius*. El depositante conserva la propiedad y áun la posesion de la cosa depositada. Dos obligaciones nacen del contrato: una esencial y producida inmediatamente, la de guardar y devolver, contraida por el depositario; la otra eventual, que resulta de hechos posteriores (*ex pòst facto*), que es la que tiene el depositante de indemnizar al depositario de los gastos ocasionados por la guarda de la cosa. Uno de los contratantes, el depositante, es responsable de toda culpa; el otro, el depositario, sólo de las que no cometeria en la gestion habitual de sus propios negocios. El depósito, lo mismo que el comodato, es esencialmente gratuito.

La prenda (*pignus*) se presenta bajo dos aspectos bien diferentes: 1.º, bajo el derecho real conferido al acreedor, derecho que se produce por el solo efecto de la convencion sin necesidad de ninguna tradicion; y 2.º, bajo el aspecto del contrato.

El contrato sólo existe por consecuencia de la entrega de la cosa (*re*). La obligacion principal que de él nace inmediatamente es la del acreedor obligado á cuidar de la conservacion de la cosa, y á

restituirla despues de la entera satisfaccion de su crédito. Una obligacion eventual puede nacer de los hechos posteriores (*ex post facto*) en favor de aquel que ha entregado la prenda, cual es la de indemnizar al acreedor de los gastos que le haya causado la conservacion de la cosa. Los dos contratantes se hallan recíprocamente obligados uno á otro por toda culpa. El que ha entregado la prenda conserva la propiedad de ella, si la tenía. Los efectos jurídicos de la posesion se distribuyen entre él y el acreedor ; aquél conserva el beneficio de ella en cuanto á la usucapion; el acreedor, por el contrario, adquiere el derecho á las acciones y á los interdictos posesorios, que deben tener por objeto hacer mantener la cosa en su poder.

Los contratos formados *re*, no sólo el *mutuum*, sino tambien el *depositum* y el *pignus*, se hacian antiguamente por la emancipapacion (*per æs et libram*). Las palabras *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, designaban en su primitivo orígen, no el contrato, sino la cosa misma que de ellos era objeto.

Bajo el aspecto de las acciones que nacen de los mismos, el *mutuum* por una parte, y por otra los otros tres contratos, el comodato, el depósito y la prenda, forman dos clases bien distintas.—El *mutuum* da lugar á la *conditio certi*, accion de derecho estricto derivada del antiguo derecho romano, comun á los diversos contratos del estricto derecho civil y unilateral. El comodato, el depósito y la prenda producen cada uno una accion especial de ellos solos, que toma su nombre del mismo del contrato; acciones de buena fe, dadas para la reclamacion de las obligaciones recíprocas de los contratantes, al uno bajo la calificacion de accion directa, y al otro bajo la de accion contraria, *actio directa* ó *contraria; commodati, depositi* ó *pigneratitia*.

## 2.º *Contratos formados* verbis.

Ha habido tres especies de contratos formados *verbis*. El más general é importante era la estipulacion seguida de promesa, primera derivacion del *nexum;* palabras que se separan de la formalidad de la *æs et libram*. Y ademas en algunos casos particulares la *dotis dictio* y la *jurata operarum promissio liberti*, que no estaban ya en uso en tiempo de Justiniano.

El contrato verbal de estipulacion consiste en una interrogacion precisa hecha por el futuro acreedor al futuro deudor : SPONDES? DABIS? PROMITTIS? y en la respuesta afirmativa y conforme á ésta: SPONDEO, DABO, PROMITTO. La interrogacion tiene el nombre técnico de estipulacion (*stipulatio*), la respuesta el de promesa (*promissio*); el todo forma el contrato verbal, á que se da tambien á veces, por una figura de lenguaje, el nombre de estipulacion, tomando la parte por el todo.—La estipulacion en su orígen es una forma eminentemente civil, reservada á los ciudadanos romanos exclusivamente. La fórmula primitiva y quiritaria era ésta : SPONDES? SPONDEO. Con el tiempo se descubrió un medio de extender la estipulacion áun á los extranjeros. La fórmula quiritaria SPONDES? SPONDEO, ha sido siempre reservada para los ciudadanos solamente; pero se han admitido las otras formas de interrogacion: PROMITTIS? PROMITTO; DABIS? DABO, etc., como de derecho de gentes y áun permitido á los extranjeros.

Esta forma de obligacion es de la mayor generalidad, y puede aplicarse á toda especie de obligacion, con tal que sea lícita.—Pero no produce obligacion sino por una sola parte, por parte del promitente. La accion á que da orígen es, lo mismo que en el *mutuum*, la antigua accion personal del derecho civil, la *condictio certi*, en el caso que sea cierto (*certum*) el objeto de la estipulacion; y en el caso contrario la *condictio incerti*, llamada en este caso particular *actio ex estipulatu*.

El mecanismo de la estipulacion es tal que para el mismo objeto de obligacion es posible que intervengan, ya muchos estipulantes, ya muchos promitentes.—La operacion puede tener lugar de manera que todas las interrogaciones intervengan desde luégo, por decirlo así, como en un solo haz, y en seguida todas las respuestas conformes. Entónces el acto forma un solo todo, un solo contrato verbal. Se dice que hay dos ó muchos co-estipulantes (*duo rei stipulandi*), dos ó muchos co-promitentes (*duo rei promittendi*); y se les llama *conrei* ó *correi*. Cada uno de ellos es acreedor ó deudor por el todo (*in solidum*).

La operacion puede hacerse tambien de tal manera, que habiendo tenido lugar una primera estipulacion seguida de una respuesta conforme, y formando por sí misma obligacion completa y principal, intervenga, para garantirle y darle fuerza, un nuevo contrato por palabras, distinto, pero accesorio, en el cual el mismo

objeto sea, ó estipulado del mismo deudor por un segundo estipulante, ó prometido el mismo acreedor por un segundo promitente. Hay entónces muchos contratos por palabras : el uno principal y los demas accesorios. — El que se asocia á un acreedor principal para estipular del mismo deudor la misma cosa se llama *adstipulator*. El que se asocia á su deudor principal para prometer la misma cosa al mismo acreedor, tiene el nombre genérico de *adpromissor*. —No habia más que una especie de *adstipulador*, cualesquiera que fuesen los términos en que hubiese interrogado. Pero habiendo cesado su utilidad por efecto de la facultad admitida de gestionar y litigar por medio de procurador, en breve cayó en desuso.—Por el contrario, ofreciendo las adpromisiones una grande utilidad práctica en los negocios, su uso se extendió cada vez más. Se distinguieron tres especies, segun la fórmula de interrogacion y de promesa : 1.°, la *sponsio*, reservada exclusivamente para los ciudadanos romanos, hecha en la fórmula quiritaria IDEM SPONDES? SPONDEO, de donde al que así promete se ha dado el nombre de *sponsor;* 2.°, la *fidepromissio* hecha en esta fórmula : IDEM FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, introducida para extender á los extranjeros por medio de una variacion de fórmula este contrato accesorio : no es más, por consiguiente, que la *sponsio* puesta al alcance de los peregrinos, y se rige por los mismos principios ; por lo que se ha dado al que así promete el nombre de *fidepromissor*. Y 3.°, en fin, la *fidejussio*, hecha en esta fórmula : FIDEJUBES? FIDEJUBEO, ú otra equivalente, introducida para salir con el auxilio de una variacion de fórmula, de las reglas estrictas á que se hallaban sujetas las dos anteriores; de aquí se dió al que así promete el nombre de *fidejussor*. Miéntras que la *sponsio* y la *fidepromisssio* no podian hallarse adjuntas sino á un contrato verbal, en el momento mismo en que habia lugar podia la *fidejussio* acceder para garantir cualquiera obligacion, ya ántes, ya despues de producirse. — Las dos primeras desaparecieron en tiempo de Justiniano. La *fidejussio* es la única que quedó.

Las estipulaciones se dividen, segun la autoridad de donde emanan, en estipulaciones : 1.°, convencionales (*conventionales*), procedentes de la libre convencion de las partes ; 2.°, pretorianas (*prætoriæ*), que tienen únicamente lugar *in jure* por órden del pretor, y á las cuales la parte que debe prestarlas es obligada por medios pretorianos de coaccion ; 3.°, judiciales (*judiciales*), que única-

mente tienen lugar *in judicio* por órden del juez; faltando lo cual, la parte que deba presentarlas será condenada; y 4.°, en fin, comunes (*communes*), es decir, que pueden tener lugar, segun los casos, ya en virtud de órden del pretor, ya en virtud de la del juez.

### 3.° *Contratos formados* litteris.

El contrato *litteris* es una segunda derivacion de la antigua forma de las obligaciones *per æs et libram*. Consiste en considerar la suma, objeto de la obligacion, como pesada y dada por una parte, como recibida por la otra, y en escribirla como tal con la fórmula correspondiente, en el registro doméstico (*tabulæ; codex accepit et expensi*), de donde han tomado orígen los nombres de *expensilatio*, para este contrato; *pecunia expensa lata*, ó *accepta relata*, para la suma, objeto del mismo. Hay que establecer un paralitismo bastante notable é instructivo entre la expensilacion y la estipulacion si se quiere ilustrar la materia.—Siendo el contrato *litteris*, en esta forma, exclusivamente propio de los ciudadanos romanos, se le extendió, bajo una forma diferente, á los extranjeros, en los *syngraphæ* y en los *chirographæ*.—Con el tiempo cayeron en desuso la expensilacion y los *syngraphæ*. La introduccion de la excepcion *non numeratæ pecuniæ* hizo decaer el *chirographum*, y produjo su confusion con la *cautio* ó simple escrito probatorio, al ménos en el caso en que esta *cautio* se refiera á un *mutuum*. Tal es el estado en que se hallaba el contrato *litteris* en tiempo de Justiniano, y de esta manera se encuentra en su legislacion.

### 4.° *Contratos formados por el solo consentimiento.*

Estos contratos son cuatro únicamente; la venta (*emptio venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*). Hay verdaderamente un quinto contrato, la enfitéusis; pero no entra en cuenta, porque hasta los últimos tiempos sólo ha sido considerada como un arrendamiento, ó, segun algunos, como una venta.—Estos contratos se derivan del derecho de gentes; se distinguen particularmente en que producen obligaciones por una y otra parte (*ultro citroque*), y en que sus efectos se determinan conforme á equidad (*ex æquo et bono*).

## *Venta* (emptio venditio).

La venta (*emptio venditio*) es un contrato en que la obligacion principal de los contratantes es para el uno proporcionar al otro la facultad de tener una cosa como si fuese propietario de ella (*præstare rem habere licere*); y para éste, pagar un cierto precio en dinero. El primer contratante se llama *venditor*, el segundo *emptor*, y el precio *pretium*.

El contrato se forma por el solo consentimiento; sin embargo, segun una constitucion de Justiniano, si las partes están convenidas de extenderlo por escrito, no será perfecto sino cuando el escrito haya quedado redactado y nada le falte ya. Las arras (*arrhæ*) sólo eran en otro tiempo un signo de la conclusion del contrato; segun Justiniano, dan á cada parte la facultad de desdecirse, perdiendo las arras el comprador, y restituyendo el doble el vendedor. —Todas las cosas que se hallan en el comercio, y áun la cosa de otro, pueden ser objeto de una venta. El precio debe consistir esencialmente en dinero (*in numerata pecunia*), y ser cierto (*certum*).

El contrato por sí mismo no transfiere al comprador la propiedad de la cosa vendida; su único efecto como contrato es producir obligaciones. El vendedor no está obligado á hacer al comprador propietario de la cosa vendida, miéntras que el comprador está obligado á transferir á aquél la propiedad del precio que paga. La obligacion del vendedor, *præstare emptori rem habere licere*, contiene á un tiempo la de transferir la posesion de la cosa (*rem tradere*), y la de asegurar de toda eviccion (*auctoritatem præstare*). Ademas de la garantía de la eviccion, se halla tambien obligado á la de los defectos ocultos de la cosa. El uso habia introducido ciertas costumbres admitidas en esta materia, y el edicto de los ediles curules la habia acabado de arreglar.— El vendedor y el comprador se hallan mutuamente obligados el uno al otro, no sólo de su dolo, sino tambien de toda especie de culpa.

Una vez que tenga lugar el contrato de venta, y áun ántes de toda tradicion, los riesgos de la cosa corresponden al comprador, en el sentido de que él es quien en definitiva se ha de utilizar ó ha de sufrir los aumentos ó disminuciones que la cosa experimente, ó

áun su pérdida total ocurrida sin culpa ni por demora del vendedor, porque la obligacion que éste tiene de entregar y de hacer tener se aplica á la cosa tal como se halla en el momento en que deba hacerse la tradicion.—Por lo demas, pueden las partes en todos estos puntos extender ó limitar más ó ménos sus obligaciones, ya por pactos, ya por estipulaciones. Pueden tambien formar su contrato de venta con adjuncion de pactos accesorios que modifiquen sus efectos en sentidos diversos, y que hechos al mismo tiempo que el contrato, formen parte integrante de él, y se reclamen por la misma accion.

El contrato produce : la accion *empti* ó *exempto* para el comprador, y la accion *venditi* ó *ex vendito* para el vendedor : acciones directas, de buena fe (*bonæ fidei*), que sirven para reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan *ĕx æquo et bono* del contrato y de sus pactos accesorios. En esta materia se hallan ademas las acciones : por disminucion de precio (*actio æstimatoria* ó *quanto minoris*), ó por redhibicion (*actio redhibitoria*), introducida por el edicto de los ediles, en el caso de vicios redhibitorios de la cosa ; y tambien las acciones procedentes de las estipulaciones, que era uso practicar, y que las partes hubiesen practicado para garantía contra la eviccion.

*Arrendamiento* (locatio conductio).

El arrendamiento (*locatio conductio*) es un contrato en el cual la obligacion principal de los contratantes es comunmente: para el uno, proporcionar al otro la facultad de usar ó de percibir los frutos de una cosa (*præstare re uti licere*, ó *re frui licere*) ; y para éste, pagar, en remuneracion del uso y disfrute de la cosa, un cierto precio en dinero. El arrendamiento puede tambien tener por objeto, ya trabajos ó servicios que se paguen en proporcion á su duracion (*operæ*), ya la construccion de una obra por un precio alzado (*opus*). De aquí proceden tres géneros de arrendamiento, con reglas comunes á todos, y algunas otras particulares: 1.°, arrendamiento de cosas (*rerum*) ; 2.°, arrendamiento de servicios (*operarum*); 3.°, arrendamiento de una obra que se haya de ejecutar (*operis*).—El que debe suministrar la cosa que se ha de arrendar se llama generalmente *locator;* el que debe tomarla, *conductor;* y el precio, *merces.* Ademas de estos nombres genéricos se

aplican algunas denominaciones particulares á las diversas especies de arrendamiento.

El contrato resulta por el solo consentimiento, salva la innovacion de Justiniano para el caso en que las partes se hubiesen convenido en que se extendiese por escrito. Produce obligaciones recíprocas y distintas (*ultro citroque*), que se aprecian conforme á equidad (*ex bono et æquo*); entre las cuales se encuentra, para los dos contratantes, la de responder mútuamente, no sólo de todo dolo, sino áun de toda culpa. La entrega de la cosa á título de arrendamiento, no confiere al locatario, en el sistema del derecho romano, ninguna especie de derecho real.

El contrato acaba regularmente cuando espira el tiempo convenido, salvo el caso de revocacion expresa ó tácita. Algunas causas particulares pueden ademas autorizar á una ú otra de las partes para anularlo. Ni la muerte del *locator* ni la del *conductor* lo terminan. El caso de enajenacion de la cosa alquilada se rige por el principio de que el arrendamiento sólo establece un vínculo entre las personas que han celebrado el contrato.

Produce el contrato la accion *locati* para el locador, y la accion *conducti* para el locatario: acciones directas, de buena fe (*bonæ fidei*), que sirven para reclamar el cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan por equidad del contrato ó de sus pactos accesorios. Ademas, algunas acciones ó interdictos particulares tienen por objeto la reclamacion de ciertos derechos reales, acordados por garantía de estas obligaciones: la accion Serviana (*Serviana actio*), y el interdicto Salviano (*interdictum Salvianum*), concedidos al locador por el edicto pretorio, en el arrendamiento de los bienes rurales; y la accion cuasi-Serviana ó hipotecaria (*quasi-Serviana* ó *hypothecaria actio*) en el arrendamiento de las casas. Añádase, en este mismo arrendamiento, el interdicto *de migrando*, concedido al locatario.

### *Enfitéusis.—Derecho real.—Contrato de enfitéusis.*

Es preciso en el enfitéusis distinguir con cuidado el derecho real de las obligaciones que pueden ligar á las partes. Como derecho real, es el enfitéusis (*emphyteusis*) una desmembracion particular del derecho de propiedad. Se llama enfiteuta (*emphyteuta*) el que tiene esta desmembracion; y *prædium emphyteuticarium* el

fundo, objeto de la enfitéusis.—Este derecho sólo se presenta de hecho con la obligacion principal, impuesta al enfiteuta, de pagar al propietario una retribucion periódica (*pensio*, *canon*).—El modo usual de establecerla es la convencion de las partes. Esta convencion, el derecho particular que propone establecer, y el nombre que se le ha dado, se determinarón gradualmente en el derecho romano, bajo el imperio de los hechos históricos, y discutiendo los jurisconsultos si semejante convencion era una venta ó un arrendamiento. Esta última opinion era la predominante. Una constitucion del emperador Zenon atribuye al contrato de enfitéusis una existencia, un nombre y una accion exclusivamente propias. Importa, por lo demas, no confundir el contrato con el derecho real. El contrato no produce otro efecto que el de ligar á los contratantes en cuanto al enfitéusis que se establezca; el derecho se establece por la tradicion hecha en cumplimiento del contrato.—Las obligaciones producidas por el contrato se reclaman por la accion *emphyteuticaria*, concedida, tanto á una como á otra de las partes. En cuanto al derecho real, atribuye al enfiteuta, pero sólo como acciones *utiles*, las que se concederian á un propietario.

### *Sociedad* (societas).

La sociedad (*societas*) es un contrato por el cual dos ó más personas convienen en que haya entre ellas una cierta comunidad de bienes. Se distinguen muchos géneros, segun la extension de los bienes que forman la sociedad: 1.°, sociedad universal de todos los bienes (*universorum bonorum*); 2.°, sociedad universal de todas las ganancias (*universorum quæ ex quæstu veniunt*); 3.°, sociedad para algun negocio determinado (*negotiationis alicujus*); 4.°, sociedad para tomar en arrendamiento las rentas públicas (*vectigalis*); y 5.°, sociedad para la cual se ponen en comun una sola cosa ó algunas cosas determinadas (*unius rei*).—Este contrato se forma por el solo consentimiento. Produce entre los contratantes por una y otra parte (*ultro citroque*) obligaciones, que se aprecian *ex æquo et bono*, y que son de la misma naturaleza en todos. Así el contrato y los contratantes tienen un solo nombre: *societas*, *socii;* y la accion que resulta es la misma para todos, la accion *pro socio.*—Las cosas que ponen en comun los socios pueden ser iguales ó desiguales, de una misma ó de diferente naturaleza, y áun consistir úni-

camente en trabajo ó industria, con tal que no haya nada ilícito ni inmoral.—Las obligaciones principales de los socios, unos respecto de otros, consisten en presentar lo que pongan en comun, y en desempeñar el trabajo ó industria que hayan prometido á la sociedad, y repartirse entre sí, en la proporcion establecida, la ganancia ó pérdida que resulte. Se responde mútuamente de su dolo, y tambien de sus culpas, pero apreciadas sólo por su diligencia personal en su negocio propio, y no por la exactitud y cuidado del padre de familia más diligente.—Las partes que se fijan en la convencion. Pueden ser desiguales entre los socios; distintas en la pérdida que en la ganancia. Aun se puede convenir que alguno ó algunos participarán de la ganancia sin participar de la pérdida. Pero la sociedad en que uno de los socios fuese enteramente excluido de toda participacion en los beneficios, sería nula, los jurisconsultos romanos la llamaban sociedad leonina (*leonina*). A falta de convencion, las partes son entre sí iguales.—Lo relativo á las obligaciones de los socios, sus relaciones con terceras personas, debe regirse por este doble principio: 1.º, que la sociedad es un contrato complejo, que necesita por fuerza entre los socios, dentro de ciertos límites, una especie de mandato expreso ó tácito; 2.º, que en el derecho romano, áun en caso de mandato, los créditos, lo mismo que las obligaciones, sólo existen entre aquellos que han sido partes en los hechos que las han producido, salvas las modificaciones introducidas en el derecho riguroso por la jurisprudencia y por el derecho pretoriano.—El contrato acaba: 1.º, *ex personis*, por la muerte, por la máxima ó media disminucion de cabeza, y por la confiscacion universal (*publicatio*) ó la cesion de los bienes (*bonorum cessio*) de uno de los socios; 2.º, *ex rebus*, por la pérdida de las cosas, ó por terminarse el negocio que forma el objeto de la sociedad; 3.º, *ex voluntate*, por la renuncia de uno de los socios (*renuntiatio*), salva la responsabilidad del que renuncia fraudulenta ó intempestivamente, porque dicen los jurisconsultos romanos de este último, que por semejante renuncia deja libres á sus consocios con respecto á él, no quedándolo él con respecto á ellos; 4.º, *ex tempore*, al espirar el plazo convenido, pues entónces cada socio es libre de retirarse sin incurrir en ninguna responsabilidad. No hablamos de la novacion (*ex actione*).—La accion producida por el contrato es la accion *pro socio:* accion directa, de buena fe, en la cual la condena no debe tener lugar

sino *in quantum facere potest*, pero lleva consigo infamia. Los socios pueden ademas ejercitar la accion *communi dividundo* para hacer distribuir la cosa comun. Importa no confundir estas dos acciones: la primera de las cuales, en resúmen, se dirige á hacer ejecutar el contrato de sociedad, y la segunda, á hacer que cese la comunidad, al ménos en cuanto á la cosa distribuida. Estas dos acciones existen acumulativamente sin destruirse una á otra; pero de tal modo que, en los puntos que le son comunes, lo que ha sido obtenido por la una no puede ya obtenerse por la otra. Lo mismo sucede respecto de las acciones *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliæ*, ú otras que podrian resultar de los hechos de alguno de los socios en la cosa comun.

*Mandato* (mandatum).

El mandato, *mandatum*, es un contrato en el cual convienen los contratantes que uno de ellos obrará en su propio nombre y por cuenta del otro, en alguno ó algunos negocios determinados, y áun en todos los negocios en general. El contrato se forma por el solo consentimiento de las partes; aunque sea tácito, se llama *mandatum;* el que da la comision, *mandans* ó *mandator;* y el que la acepta, *procurator* ó *mandatarius*.—Desde el principio, y por el solo efecto de la convencion, no produce obligacion sino por una sola de las partes, por la del mandatario; pero sobreviniendo ciertos hechos posteriores (*ex post facto*), puede el mandante por su parte hallarse obligado. La obligacion del mandatario consiste en desempeñar el encargo que se le ha encomendado, dar cuenta de él y restituir al mandante todos los objetos ó derechos adquiridos por efecto de la operacion. La del mandante consiste en reembolsar al mandatario de todos los gastos causados, y dejarlo libre de todas las obligaciones por él contratadas para la ejecucion del mandato.—Las dos partes se responden mútuamente de toda especie de culpa.—Respecto de las terceras personas, el principio del estricto derecho civil es que el mandatario contrata en su propio nombre; luego él es el que está obligado á terceras personas, y á él se hallan obligadas éstas; pero el derecho pretoriano y la jurisprudencia, empleando acciones útiles y algunos medios indirectos, han modificado considerablemente las consecuencias del principio, y no le han dejado apénas más que una existencia nominal. Ade-

mas, por consecuencia de los principios admitidos respecto de la posesion, la propiedad se adquiere ó enajena por el mismo mandante, por efecto de la tradicion hecha en su nombre á su procurador ó por su procurador.

La Instituta de Justiniano distingue, segun Gayo, cinco diferencias en el mandato, segun el interes en que se hace ó interviene: interes, 1.°, del solo mandante; 2.°, del mandante y del mandatario; 3.°, de otro solamente; 4.°, del mandante y de otro, y 5.°, del mandatario y de otro. El mandato dado en el único interes del mandatario es verdaderamente un consejo. Es preciso observar especialmente los casos en que el mandato tiene lugar, ofreciendo grandes analogías con la fideyusion: de tal manera que el mandante (*mandator*) se hace responsable de la deuda de otro; distinguir lo que hay de comun en caso con las demas intersecciones, y lo que hay de particular.— El mandato se acaba, no por consentimiento de las partes, sino áun por la voluntad de una sola: revocacion de parte del mandante, renuncia de parte del mandatario, y tambien por la muerte del uno y del otro.—El mandato produce, entre las partes, la accion *directa mandati* para el mandante, y la accion *contraria mandati* para el mandatario: acciones de buena fe, la primera de las cuales, en caso de sentencia condenatoria, lleva consigo infamia. El derecho pretoriano y la jurisprudencia conceden á los terceros contra el mandante las acciones que resultan de los negocios ejecutados con el mandatario, bajo la calificacion de acciones útiles cuasi-institorias (*utiles quasi institoriæ*); y tambien, en la mayor parte de los casos, las acciones útiles al mandante contra los terceros.

### *Pactos. — Diversos casos en que se hallan acompañados de una accion.*

Fuera de las convenciones calificadas de contratos por el antiguo derecho civil, todas las demas conservan el nombre genérico de convencion ó pacto (*conventio*, *pactum*, *pactio*, *pactum conventum*). Los pactos se definen por Ulpiano, «*duorum pluriumve in idem placitum consensus.*» Aunque por derecho estricto no produzcan ningun vínculo, gradualmente les han sido atribuidos diversos efectos jurídicos por el derecho civil, por el pretoriano y por el imperial.

Por el derecho civil : 1.°, en el caso de pactos adjuntos á un contrato de buena fe , en el momento mismo de su formacion (*ex continenti*), se les califica en la doctrina de *pacta adjecta;* su ejecucion se reclama por la accion misma del contrato. — 2.° En el caso en que el pacto haya sido seguido de ejecucion por una de las partes. Esta ejecucion se reconoce por el derecho civil como una causa de obligacion (*subest causa*), y por consiguiente, da orígen á un contrato formado *re*. Estos contratos, cuyo número es indefinido, no se colocan bajo la denominacion propia de ningun contrato del derecho civil, y se designan en la doctrina con la denominacion de contratos innominados. Se resumen en estas cuatro operaciones, « *do ut des*, ó *do ut facias*, ó *facio ut des*, ó *facio ut facias*. » Producen, en beneficio del que ha ejecutado, una accion calificada de accion civil (*civilis*), indeterminada (*incerta*), y conocida con las denominaciones, ya solas, ya reunidas, de *actio in factum* ó *præscriptis verbis*, porque el hecho creador de la obligacion se expone en ella préviamente por el pretor, en la primera parte de la fórmula : « *quæ præscriptis verbis, rem gestam demonstrat.* » El que intenta esta accion solicita que su adversario, en caso de no ejecutar aquello en que ha convenido, sea condenado á todo lo que importára al demandante que la ejecucion tuviese lugar. En el caso en que el contrato innominado haya sido formado por la dacion de una cosa, el que la ha dado puede tambien, en vez de intentar la accion *præscriptis verbis*, volver á lo hecho (*licet pœniteri ei*), y pedir la restitucion en propiedad de lo que ha dado. Para esto tiene la condicion llamada *condictio causa data, causa non secuta;* ó bien la *condictio ob causam datarum.* — El cambio (*permutatio*) no es otra cosa más que un contrato innominado : «*do ut des*», y recibe, por consiguiente, la aplicacion de las reglas relativas á estos contratos.

Por el derecho pretoriano : algunas convenciones particulares han sido distinguidas, hechas obligatorias por el solo efecto del consentimiento, y provistas de una accion pretoriana. Se las llama *pacta pretoria*. De este número es el pacto de constituto (*constitutum*), es decir, la promesa hecha por simple pacto de pagar una deuda preexistente, ya civil, ya pretoriana, ya simplemente natural. La ejecucion de este pacto se reclama por una accion llamada *actio de pecunia constituta.* Es un medio fácil é ingenioso, ya de modificar por simple pacto el pago de una obligacion aunque

sea civil; ya de hacer obligatorio por simple pacto el pago de una obligacion puramente natural; ya, en fin, de darse por simple pacto caucion de la deuda de otro.

Por el derecho imperial: ciertos pactos han sido tambien hechos obligatorios y provistos de accion; se les califica de pactos legítimos (*pacta legitima*). Cuando no les ha sido atribuida ninguna accion, su ejecucion se reclama por una condicion comun á todos, la *condictio ex lege*. — En el número de estos pactos están la donacion (*donatio*), y el pacto de constitucion de dote (*de dote constituenda*). Los pactos que no entran en ninguno de los casos anteriores reciben el epíteto de pactos nudos (*nuda pactio, pactum nudum*). Sólo producen obligaciones naturales. Los principios que rigen estas especies de obligaciones deben aplicarse á aquéllos.

*Obligaciones nacidas como de un contrato.*

Siendo el contrato (*contractus*) y el delito (*delictum*) las dos causas primitivas de obligacion en el derecho civil, á ellas se refieren las otras causas por comparacion, como imitaciones y figuras variadas (*variæ causarum figuræ*), y segun que ofrecen más analogía con el contrato ó con el delito, se ha dicho que la obligacion nacia *quasi ex contractu*, ó *quasi ex delicto*.

Los hechos que dan lugar á las obligaciones nacidas *quasi ex contractu* se diferencian radicalmente de los contratos en que no contienen ninguna convencion acerca de la creacion de estas obligaciones. Pero como son hechos lícitos, todavía ménos se les puede comparar á los delitos. — Los principios de razon que justifican el orígen de las obligaciones en estos casos son comunmente que ninguno debe enriquecerse á expensas de otro; tambien á veces, que está uno obligado á reparar el perjuicio causado por culpa suya; y en fin, respecto de las obligaciones impuestas por la ley y colocadas tambien por los jurisconsultos romanos en la clase de las que nacen *quasi ex contractu*, hay consideraciones de utilidad comun y de deberes de familia ó de sociedad. — Estudiando por menor los casos en que nacen obligaciones *quasi ex contractu*, se ve que la mayor parte y los principales tienen analogía con algun contrato determinado del derecho civil, de que son como figura.

Así se agregan al contrato de mandato por una cierta analogía: **1.º**, la gestion de los negocios de otro, sin mandato expreso ni tá-

cito (*negotiorum gestio*); 2.°, la tutela; 3.°, la curatela. Dan lugar, como el mandato, á dos acciones recíprocas, la una directa y la otra contraria: *negotiorum gestorum actio directa et contraria* en el caso de gestion de negocios; *tutelæ actio directa et contraria* en el caso de tutela; y *utilis negotiorum gestorum actio directa et contraria* en el caso de curatela.

Al contrato de sociedad se agregan en cierto modo dos puntos: 1.°, la comunidad accidental en una propiedad proindiviso; y 2.°, la coherencia: dando orígen la una á la accion *communi dividundo* y la otra á la accion *familiæ erciscundæ*. — Se puede añadir á estos dos casos el de la confusion de los límites de dos propiedades inmediatas, y la accion *finium regundorum* que á ella se aplica, aunque haya algunas diferencias.

Al *mutuum* se refieren, en la mayor parte de los casos, el pago hecho por error de una cosa no debida, y la *condictio indebiti* que de ello resulta. Sin embargo, esta aproximacion no es posible sino cuando se trata de un pago de cosas *quæ pondere, numero mensurave constant;* pero cuando se trata de cualquiera otra prestacion, la *condictio indebiti* no presenta ya semejanza con la *condictio certi*, que nace del *mutuum*.

La aceptacion de una herencia es tambien un hecho que produce entre el heredero y los legatarios obligaciones nacidas *quasi ex contractu*. Este caso no puede referirse á ningun contrato determinado.

*Prestacion de culpas.*

El perjuicio sufrido por una persona puede sobrevenir ó de un caso fortuito (*casus*), de una fuerza mayor (*vis major*) ó del hecho de otra persona. — Ninguno es responsable, á ménos de haber convencion contraria, de los casos fortuitos ó de la fuerza mayor. Ninguno es responsable tampoco de sus hechos ú omisiones, cuando estos hechos ú omisiones son lícitas, es decir, cuando no ha hecho más que usar de su derecho. — Mas cuando los hechos ó las omisiones son ilícitas, pueden, segun los casos, ser imputables, es decir, por su naturaleza aplicarse á la responsabilidad de su autor, y producir á éste en materia civil la obligacion de reparar sus consecuencias.

Los hechos ilícitos (*injuria*) que causan perjuicio á otro y son imputables á su autor, se dividen: en dolo (*dolus*) cuando han

sido cometidos en estado de razon y de libertad moral, y con propósito de dañar; culpa (*culpa*) cuando han tenido lugar sin dañada intencion. — En todos los casos es uno responsable del dolo que haya cometido, y no es permitido convenir ántes en que no lo será. — La culpa (*culpa*) ofrece algunas diferencias. Puede consistir, ya en acciones, ya en omisiones perjudiciales. El hombre está generalmente obligado á abstenerse de toda accion perjudicial á otro; pero, á ménos de que haya relaciones particulares que le impongan esta obligacion, no se halla del mismo modo obligado á obrar y á velar á fin de que no se cause perjuicio á otro. — Esta actividad y esta vigilancia se llaman *diligentia*, y su omision, *negligentia*. Aplicada á la guarda y conservacion de una cosa corpórea, toma el nombre de *custodia*. — Los jurisconsultos romanos distinguen, no tres, sino sólo dos grados de culpa : 1.°, la culpa grave ó lata, *culpa lata*, ó *latior*, ó *magna culpa*; 2.°, la culpa leve, bajo las diversas denominaciones de *culpa* en general, ú *omnis culpa*, ó *culpa levis*, *levior*, *levissima*. El término de comparacion para apreciar estos grados es de dos especies : ó bien absoluto en los hombres considerados en general, ó bien relativo en el carácter habitual de la persona misma cuyos hechos se trata de apreciar. En el primer caso se compara su cuidado, para la culpa grave, al que hubiese tenido cualquiera, el comun de los hombres (*lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*) ; y en la culpa leve al que hubiese tenido el más diligente padre de familia (*diligens, diligentissimus quisque pater familias*). En el segundo caso se le compara con el cuidado que pone habitualmente en sus propios negocios (*talis diligentia, qualem suis rebus adhibere solet*). Los comentarios dicen que la culpa es considerada en el primer caso *in abstracto*, y en el segundo *in concreto*. — ¿Por qué género de culpa está uno obligado en las obligaciones nacidas de contratos ó como de un contrato? No se puede establecer sobre esto un principio absoluto. Los jurisconsultos romanos han decidido, segun los casos, con arreglo á diversas consideraciones, en las cuales se observan, sin embargo, algunas ideas dominantes.

### *Adquisicion de las obligaciones.*

Segun principio general, las obligaciones las adquirimos por nosotros mismos, es decir, que nos hacemos acreedores, que ad-

quirimos la accion necesaria para hacer que se ejecuten, cuando hemos sido actores en los hechos productores de la obligacion.— Pero el principio de que el esclavo y el hijo de familia no tienen otra persona que la del jefe de la misma, produce aquí sus efectos; y las obligaciones que provienen de acontecimientos en que aquéllos han sido partes, las adquiere el jefe de familia, con las distinciones, sin embargo, que nacen, respecto del hijo de familia, de la diferencia de los peculios. Lo mismo sucede en cuanto á los esclavos, de quienes sólo tenemos el usufructo, el uso ó la posesion de buena fe, y lo mismo tambien respecto de las personas libres que poseemos de buena fe; pero sólo dentro de los límites que nos confieren el usufructo, el uso ó esta posesion. Respecto de las personas que nos son extrañas, el principio riguroso del estricto derecho civil es que no adquirimos por ellas ninguna obligacion, pero el derecho pretoriano y la jurisprudencia introdujeron por medios indirectos más de una modificacion en este principio.

*Cesion de las obligaciones.*

Segun principio estricto del derecho civil romano, no puede una obligacion ser transferida del acreedor á otra persona; porque si se cambia uno de los sujetos en el derecho personal, el derecho no es el mismo.—Se llega indirectamente á verificar esta cesion por medio del mandato dando á quien se quiere ceder la obligacion mandato para ejercitar las acciones que de ésta resultan en calidad de procurador. Esto es lo que se llama *mandare, præstare* ó *cedere actiones.* El procurador así constituido tiene la calificacion de *procurator in rem suam,* para indicar que procediendo en juicio hace su propio negocio. Su mandato es de una naturaleza particular; no lo sujeta á dar cuentas, no es revocable ni extinguible con la muerte del mandante ni con la del procurador. Aunque el *procurator in rem suam* no puede obrar, segun principio estricto, sino como mandatario que ejerce las acciones del mandante, sin embargo, es considerado como que ocupa el lugar del propietario, y la jurisprudencia, lo mismo que las constituciones imperiales, han acabado por darle las acciones como pertenecientes á él en propiedad, bajo la calificacion de acciones útiles.

*Disolucion de las obligaciones.*

El rompimiento del vínculo de la obligacion, y por consiguiente la liberacion del deudor, de cualquier manera que ocurra, se llama *solutio*, tomando esta palabra en su acepcion más general.—El modo regular de desligarse, el que constituye el objeto final de la obligacion, consiste en la prestacion de lo que se debe : la palabra *solutio*, pago, se aplica particularmente en un sentido más limitado á este modo principal de liberacion.

La obligacion, vínculo civil, no puede disolverse sino conforme á las reglas del mismo derecho civil (*ipso jure*); sin embargo, en numerosos casos en que la obligacion, segun el derecho estricto, continúa subsistiendo, el derecho pretoriano y la jurisprudencia dan al deudor en las excepciones (*exceptionis ope*) el medio de defenderse contra la demanda del acreedor. De aquí ha procedido esta division de los comentadores : « *Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur.* »

Al frente de todos los modos de extinguir las obligaciones se encuentra el pago (*solutio*). Puede hacerse, no sólo por el deudor, sino tambien por un tercero, con conocimiento de aquél ó sin él, ó áun contra su voluntad. Consiste en la prestacion de lo que se debe; sin embargo, si el acreedor consiente en recibir *aliud pro alio*, la jurisprudencia romana, despues de alguna controversia, ha admitido que por esta prestacion el deudor se considere libre *ipso jure*. Esto es lo que ordinariamente se llama *datio in solutum*.

La obligacion puede disolverse sin pago por diversos modos de liberacion, que toman su orígen de la voluntad de las partes. En este punto la jurisprudencia romana establece este principio tan frecuentemente repetido : « *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* » Sin embargo, este principio no es absoluto y sin excepcion.

Así el derecho civil ha admitido que se puede disolver una obligacion reemplazándola con otra nueva, contraida en su lugar; esta es la novacion. « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.* » Todas las obligaciones pueden ser novadas : « *Omnes res transire in novationem possunt.* »—Pero no todas las maneras de obligarse pueden emplearse para hacer una novacion. Sólo el contrato verbal de estipulacion y el contrato

*litteris* pueden tener esta facultad. Hay ademas novaciones no hechas en contrato, sino jurídicas ó judiciales, que son en ciertos casos el resultado forzado de los diversos trámites del litigio.—El modo más cómodo, el más conocido y usual de novacion es el contrato de estipulacion.

Para que haya novacion es preciso, en primer lugar, que exista una primera obligacion; poco importa que sea civil, pretoriana ó áun puramente natural.—Es preciso, en segundo lugar, que la estipulacion hecha para sustituir una nueva deuda á la primera sea válida en la forma como contrato verbal segun el derecho civil, y que la nueva obligacion, que ha tenido por objeto producir, exista por sí misma y sea eficaz, al ménos naturalmente.—Así como el pago puede hacerse, no sólo por el deudor, sino tambien por un tercero, lo mismo sucede en la novacion. Así la nueva obligacion verbal, que extingue y reemplaza á la primera, puede contraerse : 1.°, ó por un nuevo deudor con el mismo acreedor, ya con conocimiento del primitivo deudor, ó sin él, ó áun contra su voluntad. Este nuevo deudor se llama en general *expromissor* : su acto, *expromissio* ó *expromittere*. Es una especie particular de *intercessor*. El caso en que se da el *expromissor* al acreedor por el mismo deudor antiguo, recibe el nombre especial de delegacion.—2.° Por el mismo deudor con otro acreedor, por órden del antiguo.—3.° Por un nuevo deudor con otro nuevo acreedor, en virtud de órden del antiguo.—Y 4.°, en fin, por el mismo deudor con el mismo acreedor. En este caso, si la primera obligacion procedia de una estipulacion, para que la estipulacion posterior forme novacion, es preciso que contenga alguna cosa nueva (*si quid novi sit*).—En todos los casos es una cuestion esencial la de saber si las dos obligaciones que se suceden no son dos obligaciones distintas, independientes una de otra, ó si la primera se disuelve y reemplaza por la segunda. Los antiguos hacian de esto una cuestion de intencion. Una constitucion de Justiniano decide que no habrá novacion sino en cuanto los contratantes hayan expresamente declarado que tal es su intencion.

La obligacion puede tambien disolverse por la voluntad de las partes, sin que haya ni pago ni nueva obligacion contraida en su lugar. Aquí se aplica el principio de que debe disolverse por el modo mismo que ha servido para formarla. Así, pudiendo las obligaciones formarse en otro tiempo *per æs et libram* : despues *re*, *verbis*,

*litteris* ó *consensu*, han podido disolverse : *per æs et libram, re, verbis* ó *consensu*. La liberacion *re* no es otra cosa que el pago : se aplica, por consiguiente, á todas las obligaciones. Pero los cuatro contratos reales no admiten más que aquélla.—La liberacion *per æs et libram* era una especie de pago imaginario (*imaginaria solutio*), que se aplicaba á las obligaciones contraidas en la misma forma, principalmente á las que procedian de legados hechos *per damnationem;* y ademas á las que resultaban de una sentencia (*ex judicati causa*). En tiempo de Justiniano no existia ya.—La liberacion *verbis* es otra especie de pago imaginario, que consiste en una interrogacion del deudor, que pregunta al acreedor. Se llama *aceptilatio,* y sólo puede aplicarse á las obligaciones *verbis*. Pero la jurisprudencia ha descubierto el medio de extenderla á todas las obligaciones : basta para esto transformar por novacion la obligacion que se quiere extinguir, cualquiera sea, en una obligacion verbal, y ya desde entónces se la puede disolver por aceptilacion. Obsérvese en esta materia la fórmula llamada estipulacion Aquiliana, dada por Aquilio Gayo, para dejar quito ó pago á un deudor de todo lo que os debe hasta el dia.—La liberacion *litteris* debia ser tambien un pago imaginario, verificado por inscripcion en los registros, y exclusivamente propio de las obligaciones *litteris*. Nada, sin embargo, se descubre en las fuentes del derecho que nos indique su existencia.—En fin, por el solo consentimiento pueden disolverse los cuatro contratos consensuales; es decir, separarse de ellos y reducirlos á la nada, como si nunca hubiesen existido; con tal, sin embargo, que las cosas se conserven todavía íntegras (*re integra; antequam fuerit res executa*), es decir, que no haya todavía habido ni pérdida de los objetos del contrato, ni ejecucion ó principio de ejecucion por una ú otra de las partes.

Las Institutas pasan en silencio algunas otras causas que producen *ipso jure* la disolucion de las obligaciones : tales son la confusion y la pérdida de la cosa debida, sin que sea por culpa ni por demora del deudor, en las obligaciones de cuerpos ciertos.—En cuanto á los casos en que, aunque subsista la obligacion, tiene, sin embargo, el deudor el auxilio de las excepciones para defenderse del acreedor, como el pacto de remision, el juramento, la transaccion, la compensacion, etc., volverémos á examinarlos al tratar de las excepciones.

FIN DEL LIBRO III.

# EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

# INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

## LIBRO CUARTO.

### TITULUS I.

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Cum expositum sit, superiore libro, de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio et quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, et suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur. Hæ vero unius generis sunt; nam *omnes ex re nascuntur*, id est, ex ipso maleficio: veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria.

### TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN DELITO.

Ya hemos tratado en el libro anterior de las obligaciones que nacen de los contratos, y en seguida corresponde tratar de las obligaciones que nacen de los maleficios y como de los maleficios. Las primeras, como ya hemos dicho, se dividen en cuatro especies. Estas últimas, por el contrario, son de una sola especie, porque *nacen todas de la cosa,* es decir, del delito mismo, como, por ejemplo, del robo, del rapto, del daño causado ó de la injuria.

El texto sólo se ocupa aquí de los delitos bajo el aspecto de las obligaciones que producen y de las acciones privadas que de ellos resultan para las personas ofendidas contra los delincuentes.

*Omnes ex re nascuntur*. Estas obligaciones nacen todas de la cosa, es decir, del hecho, del delito, del mismo maleficio (*ex ipso maleficio*), á diferencia de las de los contratos, que provienen, como ya hemos visto, ya de la cosa, ya de la estipulacion, ya del escrito, ya del consentimiento.

No debe creerse que en el derecho romano consiste el delito en todo hecho particular é ilícito, cometido con mala intencion. Aparte de los delitos verémos clasificados los hechos perjudiciales é ilícitos, en los que se descubre esta mala intencion, y por el contrario, se colocan entre los delitos hechos perjudiciales, en los que no ha habido por parte del autor ninguna intencion de causar daño. Esto es lo que sucede en el derecho romano, lo mismo respecto de los delitos que respecto de los contratos : para que haya obligacion que resulte de un delito (*ex delicto*), es preciso que el hecho nocivo de que se trata haya sido especialmente previsto y caracterizado como tal por la antigua legislacion civil, y que se le haya declarado una accion particular.

I. Furtum est *contrectatio* rei *fraudulosa, lucri faciendi gratia; vel ipsius rei*, vel etiam usus possessionisve, *quod lege naturale prohibitum est admittere.*

1. El robo es el *tocamiento fraudulento* de una cosa, *para sacar provecho, ya de la cosa misma, ya de su uso ó posesion;* acto contrario á la ley natural.

El jurisconsulto Paulo en sus *Sentencias* nos da una definicion del robo, que con una corta diferencia corresponde á la de nuestro texto : «*Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*» (1).

*Contrectatio rei.* Es, propiamente hablando, el tocamiento de la cosa, y por consiguiente, su mudanza de lugar, la sustraccion de ella. Sin este tocamiento no hay robo, la intencion misma se manifestó en esto : «*Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admititur*» (2). Así, aunque se introduzca un hombre para robar, abriendo ó rompiendo una puerta, miéntras que no ha tocado todavía la cosa no hay robo; lo mismo sucede con respecto al que hace que fraudulentamente se consienta una obligacion. De aquí se deduce que los inmuebles no son susceptibles de ser robados, porque hay imposibilidad de sustraerlos, de hacerles mudar de lugar tocándolos (3). Sin embargo, habia sido en otro tiempo opinion de los Sabinianos que podia haber robo, áun respecto de los inmuebles; pero esta opinion, segun lo que nos dice el mismo Gayo, se habia desechado (4). El texto no añade, como Paulo y como Teófilo en su *Paráfrasis*, *contrectatio rei*

(1) Paul. Sent. 2. 31. 1.
(2) Dig. 41. 2. 3. § 18. f. Paul.
(3) Ibid. 47. 2. 25. pr. f. Ulp. — Véase t. I, pág. 421.
(4) Gay. 2. 51.

*alienæ*, sustraccion de la cosa de *otro*, probablemente porque tambien se puede, como verémos, cometer un robo en su propia cosa; pero esto no sucede nunca sino cuando con esta cosa se sustrae un derecho perteneciente á otro, como, por ejemplo, un derecho de uso ó de usufructo.

*Fraudulosa.* La sustraccion, para constituir un robo, debe ser fraudulenta ; lo que expresa tambien la definicion de Paulo, *dolo malo.* El que tomase la cosa de otro, creyendo tener derecho para ello, por ejemplo, como heredero, como usufructuario, ó creyendo que el dueño lo habia autorizado para ello, éste no cometeria robo. Hemos visto un caso semejante en el t. I, pág. 421.

*Lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve.* La intencion fraudulenta del ladron al arrebatar la cosa, no es sólo la de causar perjuicio á otro, sino principalmente obtener una ventaja con la cosa : que consista esta ventaja en la cosa misma, en su uso, en su posesion ó en cualquiera otro semejante derecho que se tenga sobre ella, no por eso hay ménos robo, como verémos por los ejemplos citados en los párrafos siguientes. Ademas, si la robaba para darla á otro, cometia igualmente robo (1).

Teófilo en su *Paráfrasis* añade con razon á esta definicion que la sustraccion, para que no haya robo, debe causar perjuicio á otro : *lædens aliquem.* Verémos, en efecto, en los ejemplos del texto, que esta condicion es tambien necesaria.

II. Furtum autem vel a *furvo*, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fiat, et plerumque nocte; vel a *fraude ;* vel a *ferendo*, id est, auferendo; vel a græco sermone, qui φωρὰς appellant fures. Imo et Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φωρὰς dixerunt.

2. La palabra *furtum*, robo, proviene, ó de *furvum*, que significa negro, porque se comete clandestinamente, en la oscuridad, y áun las más veces de noche, ó bien de *fraus* (fraude), ó de *ferre*, es decir, llevarse, ó de la palabra griega φωρὰς, que significa ladron, cuya palabra trae igualmente su orígen de φὲρειν, llevarse.

III. Furtorum autem *genera duo sunt;* manifestum, et nec manifestum. Nam *conceptum* et *oblatum* species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius aparebit. *Manifestus fur est*, quem Græci ἐπ'αυτοφώρῳ appellant; nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo

3. El robo es de *dos especies*, manifiesto ó no manifiesto, porque los robos *conceptum* y *oblatum* son más bien especies de acciones inherentes al robo, como en adelante se demostrará. *El ladron manifiesto es* el que los griegos llaman ἐπ'αυτοφώρῳ (en fragante delito) ; no sólo el que es aprehendido en el hecho, sino tam-

(1) Dig. 47. 2. 54. § 1 f. Gay.

loco deprehenditur quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit, vel qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehensus sit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato, vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quæ diximus intelligitur; nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

bien el que es aprehendido en el paraje del robo, por ejemplo, ántes de haber pasado la puerta de la casa en que ha cometido el robo; en el olivar ó en la viña donde acaba de robar aceitunas ó uvas. Ademas, es preciso tambien extender el robo manifiesto al caso en que el ladron haya sido visto ó aprehendido, ya por el propietario, ya por otro cualquiera, en un paraje público ó particular, llevando todavía la cosa robada, ántes de haber llegado al lugar adonde se proponia conducirla y depositarla; pero una vez llegado á su destino, áun cuando fuese aprehendido con la cosa asida, no sería reputado como ladron manifiesto. Segun lo que acabamos de decir, se ve lo que es el robo no manifiesto, porque el que no corresponde á la clase de robo manifiesto es no manifiesto.

*Genera duo sunt.* Los jurisconsultos Sulpicio y Sabino y los de su escuela contaban cuatro especies de robos, segun nos dice Gayo. Los robos *manifiesto* ó *no manifiesto*, *conceptum* ú *oblatum*. Labeon, por el contrario, sólo contaba dos: el robo *manifiesto* y el *no manifiesto*, porque los demas eran acciones especiales, inherentes al robo segun las circunstancias accidentales, más bien que especies particulares de robo. Esta última opinion era la que Gayo adoptaba como la más exacta (1), y la que nuestro texto ha seguido. Paulo en sus *Sentencias* profesaba la de los Sabinianos (2).

*Manifestus fur est.* Los caractéres que el texto nos indica como capaces de constituir el robo manifiesto, no habian sido adoptados sin controversia entre los jurisconsultos. Vemos en la *Instituta* de Gayo y en las *Sentencias* de Paulo que se habian emitido cuatro opiniones que daban más ó ménos extension al robo manifiesto. Segun unos, para que hubiere robo manifiesto era preciso que el ladron hubiese sido aprehendido en el acto mismo; segun otros, bastaba que hubiese sido aprehendido en el paraje mismo del robo; segun otra tercera opinion, en un lugar cualquiera, pero todavía con la cosa asida, y ántes de haber llegado al paraje adonde queria trasladarla; y en fin, segun la cuarta y última opinion, en cual-

(1) Gay. 3. 183.
(2) Paul. Sent. 2. 31 2.

quier tiempo y en cualquier paraje que fuese, si habia sido aprehendido con la cosa robada. La tercera opinion era la más seguida (1) y es la que nuestro texto confirma.

Hemos reproducido ya en la *Historia del derecho* los fragmentos y disposiciones de las Doce Tablas relativamente al robo. Sabemos que esta ley primitiva habia sancionado la distincion fundamental entre el robo *manifiesto* y el *no manifiesto;* que la pena del robo manifiesto era la capital : « *Pœna manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat* » (2), en el sentido de que el hombre libre, despues de haber sido azotado con varas, era entregado en adicion (*addictus*) á aquel á quien habia robado, «*nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat*» (3). Era una cuestion entre los antiguos, nos dice Gayo, saber si por esta adicion se hacía realmente esclavo, ó sólo era asimilado á aquel que hubiese sido adjudicado á otro (4). Respecto del esclavo, la pena del robo manifiesto era la muerte : se le arrojaba de la roca Tarpeya. Pero posteriormente corrigió el pretor este rigor penal, é introdujo por su edicto, contra el robo manifiesto, tanto para el hombre libre cuanto para el esclavo, la accion penal del cuádruplo. — Respecto del robo no manifiesto, la pena, segun la ley de las Doce Tablas, era una accion por el doble, cuya pena fué conservada por el pretor: « *Nec manifesti furti pœna per legem XII Tabularum dupli inrogatur; quam etiam Prætor conservat*» (5).

IV. *Conceptum furtum* dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. *Oblatum furtum* dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit : utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dedit conciperetur. Nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est

4. Se dice que hay robo *conceptum* cuando la cosa robada ha sido, en presencia de testigos, buscada y hallada en casa de alguno. En efecto, aunque éste no sea ladron, se da contra él una accion especial que se llama *concepti.* Se dice que hay robo *oblatum*, cuando la cosa robada te ha sido entregada por alguno y hallada en tu casa, si el que te la ha dado lo ha hecho con intencion de que fuese aprehendida en tu casa más bien que en la suya. Porque aquel en cuya casa ha sido la cosa

(1) Gay. 3. 184. — Paul. Sent. 2. 31. 2.

(2) Gay. 3. 189.

(3) Ibid.

(4) « Utrum autem servus efficeretur ex addictione , an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant » (Gay. Ib.). Véase lo que hemos dicho sobre el estado del que habia sido *addictus*, en la *Generalizacion del derecho romano*, página 38.

(5) Gay. 3. 190.

actio quæ appellatur oblati. Est etiam *prohibiti furti actio* adversus eum qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituir edicto prætoris, per actionem furti non exhibiti, adversus eum qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est, concepti et oblati et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie *secundum veterem observationem non fit*, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt; cum manifestissimum est quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, *furti nec manifesti obnoxii sunt.*

aprehendida, tiene él, contra el que se la ha entregado, aunque no sea el ladron, la accion que se llama *oblati*. Hay tambien la accion *prohibiti furti* contra aquel que se opone á que sea buscada en presencia de testigos la cosa robada. Ademas, el edicto del pretor establece, por medio de la accion *furti non exhibiti*, una pena contra aquel que no presentase ó exhibiese la cosa robada que ha sido buscada y hallada en su casa. Pero estas acciones, *concepti*, *oblati*, *furti prohibiti*, *furti non exhibiti*, han caido en desuso; en efecto, *no haciéndose ya hoy segun la antigua solemnidad* la indagacion de las cosas robadas, con razon han dejado de estar en uso estas mismas acciones; siendo los que á sabiendas hubiesen recibido una cosa robada, y la hubiesen ocultado, evidentemente *responsables por la accion de robo no manifiesto.*

Se trata en este párrafo de algunas acciones particulares, que circunstancias particulares podian originar con ocasion de un robo.

El texto nos indica cuatro de estas acciones : 1.°, *actio furti concepti ;* 2.°, *furti oblati ;* 3.°, *furti prohibiti ;* 4.°, *furti non exhibiti;* las dos primeras se derivan de la ley de las Doce Tablas, y las otras dos fueron introducidas por el pretor.

*Conceptum furtum.* Se trata aquí de la accion contra el ocultador de un objeto robado. La ley de las Doce Tablas habia establecido en este punto una distribucion semejante á la que hay entre el robo manifiesto y el no manifiesto. Habia establecido, para buscar un objeto robado en casa de quien lo ocultase, un modo solemne : el que queria hacer la pesquisa debia hallarse desnudo (*nudus*), rodeado, sin embargo, de un cinturon (*linteo cinctus*), y llevando un plato en la mano (*lancem habens*); y si se descubria el objeto robado por este modo solemne de pesquisa, era considerado el robo, con relacion al ocultador, como manifiesto, y castigado como tal.—«*Hoc solum præcepit* (*lex*), *ut qui quærere velit, nudus quærat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit jubet id lex furtum manifestum esse*» (1). Esto es lo que se llamaba *fur-*

(1) Gay. 3. 192. — Aulo Gelio nos dice tambien lo mismo : «*Ea furta quæ per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vendicaverunt.*» (Noct. Att. XI. 18.)

*tum lance licioque conceptum.* Pero si el objeto robado se descubria accidentalmente, ó por una pesquisa hecha de consentimiento de aquel en cuya casa aquélla se hacía, en una palabra, sin recurrir á la forma solemne, entónces el robo se decia simplemente *furtum conceptum*, y la ley de las Doce Tablas sólo castigaba al ocultador con la pena del triple : « *concepti et oblati pœna ex lege XII Tabularum tripli est ; quæ similiter a Prætore servatur.* » Así es preciso distinguir, en la legislacion de las Doce Tablas, entre el robo simplemente *conceptum* y el robo *lance licioque conceptum.* Por no haber hecho esta distincion, la mayor parte de los escritores han incurrido en oscuras contradicciones.

En tiempo de Gayo la antigua pesquisa solemne hecha por medio del *plato* y el *ceñidor*, derogada por la ley Ebucia, ya no existia, ni por consiguiente, la accion *furti lance licioque concepti.* La pesquisa se hacía simplemente en presencia de testigos, *testibus præsentibus*, como nos dice nuestro texto, segun Gayo, y no quedaba más que la accion *furti concepti.* Así Gayo, tratando de explicar, como ya lo hemos hecho en la *Historia del derecho*, las diferentes formalidades de la pesquisa solemne, más bien las ridiculiza que las explica (1).

*Oblatum furtum.* El fragmento de Gayo que acabamos de reproducir en la página anterior, á propósito del robo simplemente *conceptum*, nos prueba que la accion *furti oblati* procedia, como aquélla, de la ley de las Doce Tablas, y era igualmente del triple.

*Prohibiti furti actio.* Esta accion, que era del cuádruplo, fué introducida por el edicto del pretor, no estableciendo la ley de las Doce Tablas ninguna pena en este punto, y ordenando únicamente, en caso de contestacion, la pesquisa solemne *per lancem liciumque.* « *Prohibitio actio quadrupli ex edicto prætoris introducta est; lex autem eo nomine nullam pœnam constituit* » (2).

*Secundum veterem observationem non fit.* La ley Ebucia, de que

(1) « Quid sit autem linteum quæsitum est : sed verius est, consuti genus esse, quo necessariæ partes tegerentur. Quare lex tota ridicula est ; nam qui vestitum quærere prohibet, is et nudum quærere prohibiturus est, eo magis quod ita quæsita res inventa majori pœnæ subjiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quæratur, ejus magnitudinis aut naturæ sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit. » (Gay. 3. 193.) — Festo daba á la formalidad del plato otro motivo, el único que se conocia ántes del descubrimiento de Gayo, pero que no parecia tan bien como el que le atribuye el jurisconsulto : « Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias aut virginum præsentiam. » (Festo, á la palabra *Lanx.*)

(2) Gay. 3. 192.

ya hemos hablado en la *Historia del derecho*, fué la que suprimió, con las acciones de la ley, la pesquisa solemne de la ley de las Doce Tablas, y por consiguiente, la accion del robo *lance licioque concepti* (1). Pero las demas acciones del robo continuaron en uso, y lo estaban todavía cerca de cuatro siglos despues, en tiempo de Gayo y de Paulo. Sin embargo, cayeron en desuso, como nos manifiesta nuestro texto.

*Furti nec manifesti obnoxii sunt :* Tal es la disposicion de una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano, inserta en el Código de Justiniano (2).

V. Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi quam ex liberi persona, nec manifesti, dupli.

5. La pena del robo manifiesto es del cuádruplo, ya sea libre ó esclavo el ladron ; la del robo no manifiesto es del doble.

Tendrémos que explicar, cuando nos ocupemos en las acciones que nacen del robo, bajo los párrafos trece y siguientes, en qué consistia esta pena del cuádruplo ó del doble, contra el robo manifiesto ó no manifiesto.

VI. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, set et generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit. Veluti, si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregre secum tulerit ; aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset.

6. Hay robo, no sólo cuando se alza la cosa de otro para apropiársela, sino en general cuando se toma una cosa contra la voluntad del propietario de ella. Así cuando el acreedor se sirva de la cosa que le ha sido dada en prenda ; el depositario, de la que le ha sido confiada ; ó bien cuando el que tiene una cosa en uso la emplee en otro uso distinto de aquel para el cual le ha sido dada, hay robo. Por ejemplo, si habiendo alguno tomado á préstamo plata labrada, con motivo de convidar á unos amigos á un festin, la lleva consigo á un viaje ; ó bien, si el que toma un caballo prestado para un paseo, lo lleva mucho más léjos ; ó, como han escrito los antiguos, si lo conduce á un combate.

VII. Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam

7. Sin embargo, el que toma las cosas á préstamo y las emplea en

(1) « Sed enim cum proletarii, et assidui, etc., etc., *furtorumque quæstiones cum lance et licio* evanuerint ; omnia que illa XII Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, *lege Æbutia lata*, consopita sit. » (Aulus Gelius. 16. 10.)

(2) Cod. 6. 2. 14.

utendas acceperint, ita fortum committere si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optime sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committatur.

un uso distinto de aquel para el cual le fueron prestadas, no comete robo si no lo hace sabiendo que es contra la voluntad del propietario, y que éste, si lo supiese, no lo permitiria. Pero si se ha creido cierto del permiso, no hay crimen: distincion muy justa, porque no hay robo sin intencion de robar.

VIII. Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est: Cum Titius servum Mævii sollicitaverit ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Mævium pertulerit; Mævius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisserit servo quasdam res ad eum perferre: utrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hac altercationes perspeximus, *quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo;* nos, hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed et servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen concilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est; ut sit ei pœnalis actio imposita, tamquam si re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.

8. Y áun si el que toma á préstamo cree usar de la cosa contra la voluntad del propietario, miéntras que tiene esto lugar segun su voluntad, se decide que no hay robo. De donde procede la cuestion siguiente: Ticio habia solicitado al esclavo de Mevio para que robase á su señor diversos objetos, y se los llevase: habiendo el esclavo informado de esto á su señor, éste, con el fin de sorprender á Ticio en fragante delito, ha permitido á su esclavo llevarle algunos objetos. ¿Qué accion habrá contra Ticio? ¿la accion de robo, la de corrupcion de esclavo, ó bien ni una ni otra? Habiéndonos sido sometidas estas dudas, despues de haber considerado las discusiones que se han originado entre los antiguos prudentes, algunos *de los cuales no concedian ni la accion de robo, ni la accion de la corrupcion de esclavo; y algunos otros sólo la accion de robo:* para prevenir semejantes sutilezas, hemos decidido que en este caso habria accion de robo y de corrupcion de esclavo. En efecto, aunque el esclavo no haya sido corrompido, y por consiguiente, parezca que se está fuera de las reglas constitutivas de la accion por corrupcion de esclavo, sin embargo, siendo evidente la intencion de pervertir al esclavo, ha sido nuestra voluntad que este corruptor sea castigado como si hubiese realizado su proyecto, á fin de que el ejemplo de su impunidad no estimule á nadie á consumar el mismo delito en otros esclavos más fáciles á la corrupcion.

*Quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo.* La accion *servi corrupti* era una accion del doble, introducida por edicto del pretor, contra aquel

que hubiese ocultado en su fuga al esclavo de otro, ó que le hubiese persuadido alguna cosa perniciosa, de manera que se menoscabase su valor moral, y por consiguiente, tambien pecuniario (1).

En la especie de nuestro párrafo, algunos jurisconsultos no concedian ni la accion del robo porque la cosa no hubiese sido sustraida con perjuicio del dueño, pues éste habia consentido en que le fuese llevada aquélla, ni la accion *servi corrupti*, pues el esclavo, léjos de haber sido corrompido, habia dado una prueba de su fidelidad. Otros concedian, sin embargo, la accion de robo, porque el consentimiento del señor á que la cosa fuese llevada por el esclavo no habia sido un consentimiento real con el objeto de ceder su cosa, sino un consentimiento simulado para sorprender al ladron. Justiniano concede las dos acciones, tanto la del robo cuanto la de *servi corrupti*, porque los hechos fueron consumados por parte del ladron en cuanto de él hubo dependido (2). El Emperador reconoció, sin embargo, que esta decision no era conforme á los principios rigurosos del derecho romano.

IX. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti, si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit.

9. Algunas veces áun puede haber robo de personas libres: por ejemplo, si alguno de los hijos sometidos bajo nuestra potestad nos fuese robado.

Gayo añadia tambien el ejemplo del caso en que se hubiese quitado al jefe de familia su mujer *in manu*, ó el individuo libre sometido á su *mancipium*. En todos estos casos la pena de la accion de robo no se calculaba sobre el valor de la persona robada, porque no se puede apreciar en dinero á una persona libre, sino sobre el interes del jefe de familia. «*Forti autem agitur in id quod interest*», dice Teófilo en su *Paráfrasis*, y cita por ejemplo el caso de un hijo que habiendo sido instituido heredero bajo esta condicion: *si se halla en tal ciudad á la muerte del testador*, y robado, el ladron lo ha llevado á otra ciudad, quedando sin cumplir la condicion y la herencia perdida. Esta pérdida deberá tenerse presente en la estimacion del perjuicio.

---

(1) Ait prætor: *Qui servum servam, alienum alienam recepisse, persuassisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.*» Tales eran los términos del edicto. (Dig. 11. 3. 1. pr. f. Ulp.)

(2) Pero ¿cómo se calculará la indemnizacion que corresponda por la corrupcion del esclavo, cuando no ha sido corrompido? Se calculará por lo que hubiera sido si el esclavo hubiese sido realmente corrompido; *Tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus.*

X. Aliquando et suæ rei furtum quisque committit: veluti, si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

10. Y áun otras veces se roba su propia cosa: por ejemplo, si el deudor sustrae á su acreedor la cosa que le habia dado en prenda.

XI. Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit: qualis est is cujus *ope et consilio* furtum factum est. In quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos rapere; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas vel boves fugaverit, ut alius eos exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope et consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quivi ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

11. Puede suceder que uno esté obligado por la accion de robo, aunque no haya robado. Tal es el que ha cooperado al robo *prestando cooperacion y consejo*. De este número es el que ha hecho caer vuestro dinero de las manos para que otro se apodere de él; que se ha colocado delante de vos para que otro, sin ser visto, os robe alguna cosa; que ha descarriado vuestras ovejas y vuestros bueyes para que otro se los lleve; esto es lo que los antiguos han escrito del que hace huir una piara de bueyes mostrándoles un velo de púrpura. Pero si en esto sólo hay actos de mala cabeza, sin designio de prestar auxilio al robo, debe darse la accion *in factum*. Por el contrario, Mevio ha ayudado á Ticio á robar; ambos están obligados por la accion de robo. Tambien se considera como habiendo prestado á propósito asistencia al robo, al que ha puesto las escalas en las ventanas, al que ha roto éstas ó la puerta á fin de que otro pudiese robar; ó al que ha prestado útiles para romper, ó escalas para subir, si lo ha hecho con conocimiento de causa. Pero el que no ha hecho más que aconsejar el robo, aunque fuese con exhortaciones, pero sin ayudar á cometerlo, no se halla obligado por la accion de robo.

Este párrafo es relativo á los cómplices del robo. Están obligados como el mismo ladron por la accion *furti*. Pero para que sean cómplices es preciso que hayan tomado parte en el robo *ope et consilio;* tales son los términos reconocidos en el lenguaje del derecho romano. Los jurisconsultos se hallan divididos acerca de la interpretacion que debe darse á estas palabras, cuyo sentido no es siempre uniforme en los textos romanos. Adoptarémos la que los explica en el sentido de que no hay complicidad sino en cuanto se ha cooperado al robo, prestando asistencia (*ope*) y consejo (*et consilio*); estas dos circunstancias deben encontrarse reunidas. El que

diese asistencia, pero sin propósito de cooperar á un robo, no estaria obligado por la accion *furti;* tampoco el que tuviese el propósito, pero que de hecho no cooperase. Los ejemplos que da el texto pueden hacernos comprender la aplicacion de estas dos condiciones. El que Ulpiano cita en el Digesto, segun Pomponio, léjos de salir de la regla, se conforma con ella. Se trata de alguno que ha aconsejado y persuadido á un esclavo á fugarse, á fin de que otro pudiese robarlo; estará obligado, dice el jurisconsulto, por la accion *furti.* En efecto, ha cooperado de un modo activo y prestado al robo una asistencia de hecho; pues se ha ocupado en extraviar al esclavo y en hacerle huir, á fin de que pudiese ser robado; y ha hecho esto con propósito determinado; ha tomado, pues, parte *furti ope et consilio* (1).

XII. Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem faciunt; et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini potestatem revertatur; sed furti actio non nascitur, quia *nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci.* Si vero ope et consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est ope et consilio ejus furtum factum esse.

12. Los que se hallen bajo la potestad de su padre ó de su señor, si les sustraen alguna cosa, cometen un robo; esta cosa cae bajo la condicion de las cosas robadas, y por consiguiente, no puede adquirirse por ninguna usucapion miéntras no haya vuelto á manos del propietario: sin embargo, no nace accion de robo, porque *ni áun por ninguna otra causa puede nacer accion entre ellos.* Pero si el robo ha sido cometido con el auxilio y consejo de otro, como haya robo, este último será responsable por la accion de robo, porque es seguro que ha cooperado á un robo con asistencia y consejo.

*Nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci.* A causa de la potestad á que se hallan sometidos, que hace que sus personas en cuanto á los bienes é intereses se confundan en cierto modo con la de su jefe de familia, y por consiguiente, no puede haber entre ellos ninguna especie de accion. Pero esto se aplica exclusivamente á las personas sometidas bajo la autoridad de un padre de familia; no sucederia lo mismo respecto de los hijos salidos de la patria potestad por emancipacion ó por cualquiera otra causa.

(1) Dig 47. 3. 6. pr. y § 2.

## ACCIONES RELATIVAS AL ROBO.

Muchas acciones nacen del robo : la accion del robo (*actio furti*); la condiccion furtiva (*condictio furtiva*) ; ademas de la accion en vindicacion y de la accion *ad exhibendum*, que pertenecen al propietario, para reclamar su cosa.

La accion de robo (*actio furti*) es independiente de todas las otras ; es una accion penal, es decir, que únicamente tiene por objeto reclamar contra el culpable una pena pecuniaria, sin perjuicio de la restitucion de la cosa robada, que las otras acciones tienen por objeto reclamar.

La accion de robo se da por el cuádruplo en el caso de robo manifiesto, y por el doble en el caso de robo no manifiesto. Sabemos que la accion de cuádruplo es una accion pretoriana introducida por el edicto, y la accion del doble una accion civil procedente de la ley de las Doce Tablas.

Lo que debe ser doble ó cuádruplo en la accion de robo no es la estimacion corporal de la cosa, sino la indemnizacion del perjuicio que el robo ha ocasionado al que intenta la accion (*quod actoris interfuit*). Si, por ejemplo, el ladron ha sustraido dos tabletas ó escritos que contengan el reconocimiento ó pago de alguna deuda (*tabulæ, cautiones chirographa*) (1) ; si ha robado una cosa que habia obligacion de entregar á otro, bajo una cláusula penal en que se ha incurrido por efecto del robo (2) ; si ha robado un esclavo que se hallaba instituido heredero, y á quien de este modo se ha impedido que haga adicion por órden de su señor, lo mismo que en el caso que hemos citado ántes, relativamente al robo de un hijo y en otros semejantes, es preciso hacer que éntre el cómputo de todos estos perjuicios en la cuenta de la suma, que debe ser doble ó cuádrupla. Por lo demas, la apreciacion se hace segun el mayor valor que tengan las cosas despues que se ha cometido el robo (3).

---

(1) Dig. 47. 2. 27. pr. f. de Ulp.
(2) Ib. 67. § 1. f. de Cels.
(3) Ibid. 50. pr. f. de Ulp.

Los párrafos siguientes nos manifiestan á quién debe darse la accion de robo.

XIII. Furti autem actio *ei competit cujus interest* rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

13. La accion de robo se da *á aquel que tiene interes en la conservacion de la cosa*, áun cuando no sea propietario; y éste, por consiguiente, no tiene accion sino en el caso en que se halle interesado en que la cosa no perezca.

*Ei competit cujus interest.* De donde se siguió que la accion de robo puede pertenecer á muchas personas á un tiempo. Si, por ejemplo, ha sido robado un esclavo sometido á un derecho de usufructo, el usufructuario y el propietario tendrán cada uno accion de robo; el uno por el doble ó cuádruplo del interes que le daba el esclavo en su derecho de usufructo, y el otro por un derecho de mera propiedad (1); y lo mismo sucederia en todos los casos semejantes. Pero el único interes en que la cosa no fuese robada, no basta para dar derecho á la accion de robo; es preciso ademas que se tenga la cosa en su posesion en el momento del robo, ó al ménos entre las manos bajo un título ú otro. Así aquel á quien la cosa robada habia sido prometida por estipulacion; aquel que la habia comprado, pero á quien todavía no habia sido entregada, no tienen accion de robo. En este caso sólo conceden los jurisconsultos al comprador el derecho de hacer que su vendedor les ceda las acciones que le pertenecen, ó lo que de ellas haya podido obtener (2).

Los párrafos siguientes exponen muchos ejemplos de diferentes detentadores, que tienen ó no accion de robo con exclusion del propietario, segun la especie de interes y responsabilidad que pesa sobre ellos. Para mejor apreciar las disposiciones de estos párrafos es preciso referirse á lo que hemos dicho de los diversos detentadores por título de los contratos que á ellos se refieran.

XIV. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat; quia espedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere;

14. Segun esto es constante que el acreedor á quien se ha robado su prenda puede proceder por la accion de robo, áun cuando el deudor tenga responsabilidad; porque le es más ventajoso recurrir á su prenda que

(1) Dig. 46. § 1. f. de Ulp.
(2) Ibid 13. f. de Paul. — 14. pr. f. de Ulp.

adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem sobripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.

perseguir á nadie; de tal manera que aunque fuese el mismo deudor quien hubiese sustraido la prenda, no por eso dejaria de tener el acreedor la accion de robo.

XV. Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse forti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonæ fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio quemadmodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sit, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est, etsi in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.

15. Del mismo modo, si un batanero ha recibido vestidos para limpiarlos ó cuidarlos, ó un sastre para coserlos, mediante un corto precio, y se los han robado, él tiene la accion de robo, y no el propietario; porque éste no tiene interes en la conservacion de su cosa, pudiendo exigirla del sastre ó del batanero por la accion de alquiler. El comprador de buena fe, á quien se ha robado la cosa que acaba de comprar, tiene la accion de robo, lo mismo que el acreedor con prenda, aunque no sea propietario de ella. Pero el batanero y el sastre no pueden obtener la accion de robo si tienen de qué responder, es decir, si pueden pagar al propietario el precio de su cosa. Porque si no tuvieran con qué pagar, el propietario, no pudiendo obtener de ellos su cosa, tendria él mismo la accion de robo, porque entónces tendria un interes personal en la conservacion de su cosa. Lo mismo sucederia si el batanero ó el sastre sólo pudiesen responder en parte.

XVI. Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est transferenda veteres existimabant. Nam, ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit; et alterutra earum electa dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari. Sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo

16. Lo que acabamos de decir del batanero y del sastre, lo aplicaban los antiguos al comodatario. Porque así como el batanero por la aceptacion del salario, del mismo modo el comodatario por la del uso de la cosa, contraen la obligacion de responder de su custodia. Pero nuestra prevision ha corregido este punto en nuestras decisiones; el propietario tiene la facultad de intentar, ya la accion de comodato contra el comodatario, ya la accion de robo contra el ladron; pero fijada una vez su eleccion, no puede ya intentar otra accion. Si se dirige contra el ladron, el comodatario queda libre de toda obligacion; si se dirige contra el comodatario, no puede ya en manera alguna intentar contra el ladron la accion de robo, que desde entónces corresponde al comodatario, á quien

modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem; ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam, adversus eum cui res commodata fuerit pervenit. Sin autem nescius et dubitans rem esse subreptam, apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire: tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutos movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est; tunc et enim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei qui pro re sibi commodata domino satisfecit; cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituit, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnino liberari eum qui rem commodatam accepit quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit.

por medio de accion se obligue á responder de la cosa: bien entendido, cuando es á sabiendas, sabiendo que la cosa ha sido robada, que ha preferido perseguir al comodatario. Pero si con ignorancia ó duda del robo cometido al comodatario ha perseguido á éste, y si posteriormente, llegando á saberlo, quisiese abandonar su accion de comodato y usar la de robo, podrá hacerlo, sin que nada se le oponga, porque con incertidumbre del hecho habia perseguido al comodatario por la accion de comodato; á ménos, sin embargo, que haya sido satisfecho por este último, en cuyo caso el ladron queda libre respecto de él de la accion de robo, pero responsable por ella de parte del comodatario que ha indemnizado al propietario. Debe igualmente tenerse entendido que si el propietario que con ignorancia del robo hubiese intentado la accion de comodato, la abandona para entablar accion contra el ladron, queda el comodatario libre de toda obligacion, cualquiera que sea el resultado del proceso entablado contra el ladron; como tambien, en el caso contrario, cualquiera que sea la responsabilidad que tenga el comodatario, ya total, ya parcial.

XVII. Sed is apud quem res deposita est custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.

17. El depositario no responde de la custodia de la cosa, y no se halla obligado sino por su dolo; por esto, si la cosa le ha sido robada, no hallándose obligado á restituirla por el contrato de depósito, no tiene ningun interes en su conservacion; la accion de robo no puede, pues, intentarse por él, sino por el propietario á quien pertenece.

Añadamos, para completar cuanto se refiere á los que tienen derecho á la accion de robo, que esta accion pasa á sus herederos y demas sucesores (1).

Se da no sólo contra el ladron, sino tambien, como hemos visto,

(1) Dig. 47. 1. 1. § 1.

contra el que ha cooperado al robo *ope et consilio*. En este caso cada uno de ellos se halla separadamente obligado por el todo, y la pena que sufre y que paga no libra á los demas. Lo mismo sucede cuando hay muchos ladrones (1).

¿El impúbero puede hallarse sometido á esta accion como culpable de robo? El párrafo siguiente contesta á esta pregunta.

XVIII. In summa sciendum est quæsitum esse, an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat? Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.

18. Sabemos, en fin, que se ha preguntado si el impúbero que toma cosa de otro comete robo. La respuesta es que pues el robo resulta de la intencion, el impúbero no se halla sometido á las obligaciones de este delito, á no ser que haya obrado en la edad próxima á la pubertad, y por consiguiente, con conocimiento de su delito.

XIX. Furti actio, sive dupli sive cuadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.

19. La accion de robo, sea del doble ó del cuádruplo, tiene por único objeto la reclamacion de la pena, porque ademas tiene el propietario la reclamacion de su misma cosa, que puede hacerse devolver por vindicacion ó por condiccion. La vindicacion existe contra el poseedor, ya sea el mismo ladron ó cualquiera otro; la condiccion, por el contrario, contra el ladron ó su heredero, aunque no posea.

Aquí se trata de las acciones destinadas para reclamar la restitucion de la cosa robada, independientemente de la pena pecuniaria que el ladron ha podido sufrir por la accion *furti*.

Estas acciones, como nos dice el texto, corresponden siempre al propietario de la cosa, cualquiera que sea el que haya tenido la accion *furti*.

El propietario puede reclamar su cosa, ya por vindicacion (*vindicando*), ya por la condiccion (*condicendo*), ya por la accion *ad exhibendum*, si há lugar, segun lo que hemos explicado (tomo I, página 332) (2).

La vindicacion y la accion *ad exhibendum* se hallan aquí sometidas á las reglas generales de estas acciones; sabemos que se ejercitan contra todo poseedor ó contra toda persona que de mala fe ha dejado de poseer (*sive fur ipse possidet, sive alius quilibet*).

(1) Ibid. 47. 2. 21. § 9. f. de Ulp.—47. 4. 1. § 19. f. de Ulp.
(2) Dig. 13. 1. 7. § 1. de Ulp.

En cuanto á la condiccion, es aquí absolutamente particular. Se la llama *condictio furtiva* (1). Es una accion personal por la cual el propietario de la cosa robada sostiene que el ladron se halla personalmente obligado á darle, á trasferirle su cosa en propiedad. Aunque, segun las reglas ordinarias, la condiccion *si paret eum dare oportere* no pudiese nunca tener lugar en el caso en que podria haber lugar á la vindicacion, porque habria contradiccion entre estas dos demandas, como explicarémos en adelante (2); sin embargo, en ódio á los ladrones, se habian acumulado contra ellos la vindicacion y la condiccion (3).

La condiccion furtiva se da, no contra todo poseedor, como la vindicacion, sino contra el ladron solamente ó contra sus herederos; porque esta obligacion personal, á diferencia de la accion penal de robo, pasa á los herederos. El que ha cooperado al robo *ope et consilio*, aunque se halle obligado por la accion penal *furti*, no está obligado por la condiccion furtiva (4).

El objeto de la condiccion es no sólo hacer condenar personalmente al ladron á que restituya la cosa con todos sus accesorios y dependencias, sino á pagar al propietario todos los daños y perjuicios que en la misma haya experimentado (5).

La accion *furti*, persecutoria de la pena, se acumula con las demas acciones persecutorias de la cosa, pues tienen un objeto absolutamente diverso, y las condenas obtenidas por la una no impiden valerse de las demas. Pero no sucede lo mismo con estas últimas entre sí; si el propietario ha obtenido por una de ellas la restitucion de su cosa con sus dependencias y accesorios, ó su estimacion, cesan las demas acciones. Así, si la cosa ha entrado en su posesion por la vindicacion por ejemplo, ó por la accion *ad exhibendum*, ó si el ladron se la ha devuelto, cesa la *condictio furtiva* (6); pero la pérdida ó destruccion de la cosa, áun por caso fortuito, no libraba al ladron de la *condictio furtiva*, á la que siempre estaria obligado (7).

---

(1) Véase en el Digesto el título especial: 13. 1. *De condictione furtiva.*

(2) Instit. 4. 6. § 14.

(3) Ib.

(4) Dig. 13. 1. 5 y 6.

(5) Ib. 3. f. Paul., y 8. Ulp. Es preciso aplicar aquí lo que hemos dicho de la accion *furti*, relativamente á esta estimacion.

(6) Dig. 13. 1. 8. pr. y 10 y 14. § 2.

(7) Ib. 7. § 2. f. Ulp.—0. f. Tryf.

## TITULUS II.

### DE VI BONORUM RAPTORUM.

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furum esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatúr VI BONORUM RAPTORUM, et est intra annum quadrupli post annum simpli. Quæ actio utilis est, *etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit.* Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.

## TÍTULO II.

### DE LA ACCION DE LOS BIENES ARREBATADOS CON VIOLENCIA.

El que arrebata la cosa de otro es responsable ciertamente por la accion de robo. En efecto, ¿quién puede sustraer una cosa más contra la voluntad de su dueño que él que la arrebata con violencia? Así, con razon, se le ha llamado *improbus fur.* Sin embargo, el pretor ha introducido contra este crímen una accion especial, que se llama accion de los bienes arrebatados con violencia, que es del cuádruplo durante el año, y despues del simple. Esta accion se aplica áun contra aquel que hubiese arrebatado *una sola cosa, por pequeña que fuese.* El cuádruplo no se halla aquí íntegramente por título de pena, quedando ademas á salvo la persecucion de la cosa, como hemos dicho respecto del robo manifiesto; sino que en este cuádruplo se halla comprendida la persecucion de la cosa; por manera que la pena es del triple, ya que el ladron haya sido aprehendido ó no en flagrante delito. En efecto, habria sido ridículo hacer de mejor condicion al que arrebata con violencia que al que sustrae clandestinamente.

El edicto del pretor, que introduce la accion de que aquí se trata, se halla concebido en estos términos (*Prætor ait*): «*Si cui » dolo malo, hominibus coactis, damni quid factum esse dicetur, sive » cujus bona rapta esse dicentur: in eum, quid id fecisse dicetur, » judicium dabo*» (1). Esta accion, prometida por el pretor, se llama accion de los bienes arrebatados con violencia. Es una accion privada, cuyos efectos nos expone aquí el texto, y que se da al que ha experimentado la violencia, aunque tambien tuviese á su disposicion una accion pública criminal, en virtud de la ley

(1) Dig. 47. 8. 2. pr. fr. Ulp.

Julia, relativa á la violencia (*lex* Julia *de vi privata*). A él le toca elegir la que prefiera (1).

Los jurisconsultos explican sucesivamente todos los términos del edicto.—Es preciso que el hecho haya sido cometido con mala intencion, *dolo malo;* por ejemplo, el publicano (*publicanus*) que me arrebatase mi rebaño, porque creyese, equivocadamente, que yo habia cometido alguna contravencion á la ley (*contra legem vectigalis*), no procederia *dolo malo* (2). Es preciso, ademas, que haya tenido lugar con violencia, *vi*, porque esta circunstancia debe subentenderse en la expresion del edicto, *dolo malo;* se halla, por otra parte, suficientemente indicada en estas palabras : *hominibus coactis*, *bona rapta* (3).—En este caso se halla igualmente comprendido el que roba con violencia, ya que él mismo haya reunido las gentes para emplear la violencia, ya se haya aprovechado de las reunidas por otro. Y á pesar de que el edicto dice *hominibus coactis* (4), aunque no hubiese más que un solo hombre empleado en cometer la violencia, ó que sólo el ladron la hubiese ejercido, no tendria ménos lugar por eso la accion; como tampoco dejaria de tener lugar, aunque no fuese más que una sola cosa la robada, cuando el edicto dice *bona rapta* (5). A esto hace alusion nuestro texto cuando dice : *etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit.*

Esta accion tiene alguna semejanza y muchas diferencias con la accion de robo. Lo mismo que ésta, no tiene aquélla lugar sino en las cosas muebles, y no contra la invasion por violencia de fundos de tierra ú otros inmuebles, cuya invasion se reprime por otros medios (6). Las reglas que acabamos de exponer para saber á quién se da la accion de robo, se aplican aquí igualmente (7), como lo explica implícitamente el § 2 que sigue.

Vemos suficientemente en el texto cómo esta accion, absolutamente pretoriana, se diferencia de la accion *furti*, en el sentido de que es á un mismo tiempo penal y persecutoria de la cosa ; y cómo

---

(1) Ib. § 1.
(2) Ib. § 20.
(3) Ib. § 8.
(4) Dig. 47. 8. 2. §§ 2 y 3.
(5) Ib. §§ 4 y sig., 11 y sig.
(6) Cod. 9. 33. 1. const. de Gordian.
(7) Et generaliter dicendum est, *ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem.*—Dig. 47. 8. 2. § 23.

la pena, en definitiva, sólo es del *triple.*—Se diferencia tambien por la manera con que se calcula el cuádruplo, que se calcula por el verdadero valor de la cosa, y no por el interes del demandante: «*Verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest*» (1).

Como el hecho de la violencia no impide que haya robo, el demandante podria, en vez de la accion *vi bonorum raptorum*, intentar la accion *furti*. A él le corresponde emplear la que le sea más ventajosa. Ciertamente, si el ladron ha sido cogido en fragante delito, le convendrá mejor la accion *furti manifesti;* lo mismo sucederá en el caso de robo no manifiesto, si ha dejado pasar el año sin hacer nada.

Si ha comenzado por intentar la accion *vi bonorum raptorum*, no se le dará despues la accion *furti;* pero si ha empleado ésta desde luégo, podrá despues ejercitar la otra en todo lo que contenga de más, en el caso de que ella sea muy ventajosa (2).

Lo que hemos dicho de la condicion, de la vindicacion y de la accion *ad exhibendum*, que corresponden al propietario, se aplica aquí igualmente; salva la modificacion que resulta de que la accion *vi bonorum raptorum*, conteniendo tambien la persecucion de la cosa, no puede acumularse con otras en cuanto á este objeto (3).

Siendo esta accion en parte penal, no se da contra los herederos del ladron, ni áun por el provecho que ha podido resultarles del robo: habiendo pensado el pretor que la condicion bastaria contra ellos para hacerles dar cuenta (4).

I. Quia tamen ita competit hæc actio, si dolo malo quisque rapuerit, qui aliquo, errore inductus, rem suam esse putans, et imprudens juris, eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via per quam raptores impune suam exerceant avari-

1. Sin embargo, como esta accion sólo se da contra aquel que ha arrebatado con mal propósito, si alguno arrebata una cosa, creyéndose equivocadamente propietario de ella, y pensando, por ignorancia del derecho, que un propietario puede recobrar su cosa, áun con violencia, de los poseedores, deberá ser absuelto; y por la misma razon, no se tendrá tampoco, en este caso, la accion de robo. Pero por temor de que cubriéndose con tales pretextos no hallen los ladrones medios de ejercitar impunemente su avidez, las constitu-

(1) Ib. 7. 8. 2. § 13.
(2) Dig. 47. 8. 1. f. Paul.
(3) Ib. 2. § 26.
(4) Dig. 47. 8. 2. § 27.

tiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemine liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta facerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum inmobilibus rebus quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt: sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

ciones imperiales han mejorado la legislacion en este punto, decidiendo que nadie puede arrebatar por fuerza ningun objeto mueble ó semoviente, aunque se creyese propietario de él; y las infracciones de estos estatutos se castigan con la pérdida de la propiedad de la cosa, si pertenecian al que la arrebataba; si nó, despues de haberla restituido, será obligado á pagar ademas el valor. Las constituciones han declarado estas reglas aplicables, no sólo al caso de cosas muebles, susceptibles de ser arrebatadas, sino tambien al caso de que sean invadidos los bienes inmuebles, á fin de prevenir de esta manera toda especie de rapto.

Son las penas establecidas por la constitucion de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (1), inserta en el Código Justinianeo, contra los que, tomándose la justicia por su mano, recobrasen violentamente la posesion de sus cosas, muebles ó inmuebles.

II. Sane in hac actione non utique spectatur rem in bonis actoris esse, nam sive *in bonis sit*, sive non sit, *si tamen ex bonis sit*, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive pignorata, sive etiam deposita est apud Titium, sicut intersit ejus eam rem non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit: sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat, vel quod alius juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus qui rapinam passus est, id est quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, *ex quibus causis furti actio competit* in re clam facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

2. No es necesario, respecto de esta accion, que la cosa estuviese *en los bienes* del demandante; porque, estuviese ó no en sus bienes, *si ha sido arrebatada de entre sus bienes*, la accion tiene lugar. Por consiguiente, que una cosa haya sido arrendada, prestada ó dada en prenda á Ticio, ó áun en depósito, pero de manera que se halle interesado en que no le sea arrebatada, como, por ejemplo, en el caso que haya prometido responder, respecto del depósito, hasta de su culpa; ó ya que la posea de buena fe, ó que tenga sobre ella un derecho de usufructo, ó cualquier otro derecho que lo haga interesado en que no le sea arrebatada, es preciso decir que le compete la accion, no para hacerle dar la propiedad, sino sólo lo que ha sido arrebatado de entre sus bienes, es decir, de su fortuna. Y generalmente puede decirse que *las mismas causas que os atribuirian la accion de robo*, respecto de una cosa sustraida clandestinamente, os atribuirian tambien la accion de que aquí se trata.

(1) Cod. 3. 4. 7.

*In bonis.* Sabemos, segun lo que hemos dicho (t. I, pág. 279), cuál era el significado de la expresion, tener una cosa *in bonis.* Aquí tiene un sentido más general, y significa que es uno propietario.

*Si tamen ex bonis sit.* Nuestro texto y el jurisconsulto Ulpiano, de donde está tomado dicho texto, nos explican el sentido de las expresiones que aquí emplean. Basta, para que yo tenga derecho á la accion *vi bonorum raptorum*, que la cosa, aunque no estuviese en mis bienes (*in bonis*), es decir, en mi propiedad, haya sido arrebatada de entre mis bienes, «*ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea rem ablatam esse.*» La idea de sustraccion (*res ablata*) no debe separarse de la expresion *ex bonis* que la rige necesariamente; es decir, basta que la cosa se hallase entre mis bienes, aunque no formase parte de ellos, y que haya sido arrebatada de ellos, con tal que yo tuviese un interes en que no tuviese lugar dicha sustraccion (*ut intersit mea non rapi*) : tales son los casos del locatario, del comodatario, del acreedor con prenda, que el texto nos explica con ejemplos.

*Ex quibus causis furti actio competit.* Sin embargo, hay todavía más facilidad para dar la accion *vi bonorum raptorum*, que para la accion *furti;* el menor interes en que la cosa no fuese arrebatada de entre nuestros bienes, donde se hallaba, basta para dar derecho á la primera de estas acciones : « *Si quis agitur interesse sua vel modice docebit debet habere vi bonorum raptorum actionem.* » Ulpiano cita, por ejemplo, al depositario que no tiene derecho á la accion *furti*, y que obtiene la accion *vi bonorum raptorum* : « *Et si cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem* » ; y da por motivo de esta diferencia la gravedad y publicidad del robo acompañado de violencia, en el cual hay lugar á una accion criminal pública (1).

## TITULUS III. — TÍTULO III.

### DE LEGE AQUILIA. — DE LA LEY AQUILIA.

La ley Aquilia, segun lo que nos dice Ulpiano, es un plebiscito, que fué adoptado por los plebeyos, á propuesta del tribuno

(1) Todas las explicaciones y todas las citas que acabamos de dar están tomadas del Dig. 47. 8. 2. §§ 22, 23 y 24, fragmento de Ulpiano.

Aquilio, y que derogó todas las leyes que habian hablado del daño causado sin razon (*de damno injuria*), tanto la de las Doce Tablas cuanto las demas (1). Teófilo, en su *Paráfrasis*, fija su orígen en la época de las disensiones entre los patricios y los plebeyos, y de la retirada de estos últimos (2); lo que debe referirse á la tercera retirada al monte Janículo, el año 468 de Roma (véase *Historia del derecho*, p. 146).

La ley Aquilia contiene tres capítulos, que vamos á examinar sucesivamente.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam: cujus primo capite cautum est ut, si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

La accion del perjuicio justamente causado se halla establecida por la ley Aquilia, cuyo primer capítulo establece que el que haya muerto injustamente á un esclavo ó á un cuadrúpedo de los que se hallan en el número de los rebaños, perteneciente á otro, será condenado á pagar al propietario el mayor valor que la cosa haya tenido en el año.

Un fragmento de Gayo, en el Digesto, nos ha conservado los términos mismos de este primer capítulo.

«*Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs dare domino damnatus esto.*»

Los jurisconsultos, y con ellos nuestro texto, examinan sucesimente, acerca de este capítulo de la ley Aquilia, de qué animales se trata en estas expresiones: *quadrupedem vel pecudem;* de qué género de perjuicios en éstas: *injuria occiderit;* y en fin, de qué reparacion, en estos últimos términos: *quanti id in eo anno plurimi fuerit;* es decir, el objeto, el perjuicio y la reparacion. Los pormenores que da el texto nos dejarán poco que añadir.

I. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum quæ gregatim proprie pasci dicuntur: quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, capræ. De suibus quoque idem

1. La ley no habla en general de los cuadrúpedos, sino de sólo aquellos que forman parte de las piaras: así no se aplica ni á los animales silvestres, ni á los perros, sino sólo á los animales de los cuales se dice especialmente que pastan en manadas, tales como los caballos, las mulas, los asnos, las ovejas, los bueyes, las

(1) Dig. 9. 2. *Ad legem Aquiliam.*
(2) Teof. § 15. de este tít.

placuit; nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Martianus in suis Institutionibus refert.

cabras; lo mismo sucede con los puercos, comprendidos en la palabra ganado, pues tambien pastan en piaras. Así es que Homero ha dicho en su *Odisea*, como lo refiere Elío Marciano en su Instituta:

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον, οἱ δε νὲμονται
Ηάρ. Κόρακοκ πὲτρῆ, ἔπί τε ϛρήνῆ Αρεθούσῆ

Hallarle has ocupado apacentando
Los puercos allí cerca de la Peña
De Corace, que está junto á Arethusa.

(*Trad. de Gonzalo Perez.*)

II. Injuria autem occidere intelligitur qui *nullo jure* occidit. Itaque *qui latronem occidit*, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

2. Matar injustamente, es matar *sin ningun derecho*. Por consiguiente, *el que ha muerto á un ladron*, no se halla obligado por la accion, si es que no podia escapar de otro modo del peligro.

*Nullo jure.* Tal es la única significacion que es preciso dar aquí á la palabra *injuria*, es decir, sin derecho, de un modo contrario al derecho (*in jus*): éste es el sentido propio de la palabra, tal como nos lo da su etimología. Así no es necesario considerar si el que ha causado el daño lo ha hecho con intencion ó sin intencion de dañar; la intencion no entra aquí para nada; sólo es menester considerar si se trata con derecho ó contra derecho, y por consiguiente, con culpa. «*Quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit*» (1). Por lo demas, por leve que sea la culpa, basta para quedar obligado.

*Qui latronem occidit.* El texto añade con razon, si no hubiese ningun otro medio de evitar el peligro; porque, si pudiendo aprehender al ladron, prefiere matarle, obrando de un modo contrario al derecho, *injuria*, es responsable por la ley Aquilia (2). A este ejemplo se pueden añadir otros: así el que rechace la fuerza con la fuerza no queda obligado: «*vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt*»; pero si tirando una piedra ó un dardo contra el agresor, hiere á un esclavo que pasaba, y lo mata, queda responsable por esto; lo mismo sucederá si mata al agresor, no por necesidad de defenderse, sino por espíritu de venganza (3).

(1) Dig. 9. 2. 5. § 1. f. Ulp.
(2) Ib. 5. p.
(3) Ib. 45. § 4. f. Paul.

III. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

3. La ley Aquilia no es aplicable á aquel que ha muerto á alguno por acaso, y no habiendo ninguna culpa por su parte; porque de otro modo castigaría la ley Aquilia la culpa no ménos que el dolo.

IV. Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam, si id a milite quidem in campo, eoque ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur: si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

4. Por consiguiente, si alguno, jugando ó ejercitándose en disparar flechas, ha herido á tu esclavo que pasaba, se distingue. Si el caso ha ocurrido á un militar en el campo ó en un paraje destinado á estos ejercicios, no puede verse en ello ninguna culpa por parte del mismo; otro cualquiera que no fuese un militar, incurriria en culpa. Como tambien el mismo militar, si el caso hubiese ocurrido en un paraje distinto del destinado á los ejercicios de guerra.

Ulpiano cita á este propósito, segun el jurisconsulto Mela, otro ejemplo singular: jugando algunas personas á la pelota, ésta, arrojada violentamente por una de ellas, dá en la mano de un barbero, que afeitase á un esclavo en el momento mismo en que la navaja se hallaba en la garganta, y hace que se la corten al esclavo; ¿quién tiene la culpa? El barbero, dice Próculo, si se ha puesto á afeitar en un paraje destinado ordinariamente para el juego ó expuesto á un paso contínuo, á ménos que no pueda decirse que él esclavo es quien ha querido afeitarse en este paraje peligroso. En el caso contrario, la culpa sería de quien habia arrojado la pelota.

V. Item si putatur, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit: si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque præclamavit ut casus evitari possit, culpæ reus est. Si præclamavit, nec ille curavit canere; extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non præclamavit; quia eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

5. Del mismo modo, arrojando una rama desde lo alto de un árbol, un leñador ha muerto á tu esclavo que pasaba; si lo ha hecho cerca de un camino público ó vecinal, y no ha gritado para que se pudiese evitar el caso, ha incurrido en culpa; pero si el leñador ha gritado y el esclavo no ha tenido cuidado de separarse, el leñador se halla exento de culpa. Lo sería igualmente si cortaba la leña léjos del camino público ó en medio de un campo, áun cuanda no hubiese gritado; porque en semejante lugar ninguna persona extraña tenía derecho para pasar.

VI. Præterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit cura-

6. Si un médico, despues de haber operado á tu esclavo, abandona

tionem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.

el cuidado de su curacion y el esclavo muere, hay culpa.

VII. Imperitia quoque culpæ annumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit; quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

7. La impericia se cuenta tambien como culpa; por ejemplo, si un médico ha muerto á tu esclavo por haberlo operado mal, ó por haberle administrado inoportunamente algun medicamento.

VIII. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed et, si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque qui, cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

8. Del mismo modo, si un muletero, por impericia, no puede sujetar sus mulas que se desbocan y que atropellan á tu esclavo, hay culpa; si por debilidad no ha podido sujetarlas, miéntras que otro más fuerte hubiera podido, hay culpa igualmente. Las mismas decisiones se aplican al que, montado en un caballo, no ha podido contener su fuego por falta de fuerza ó por impericia.

IX. His autem verbis legis: QUANTI IN EO ANNO PLURIMI FUERIT, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in hæredes eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

9. Estas palabras de la ley: EL MAYOR VALOR QUE LA COSA HA TENIDO EN EL AÑO, significan que si te ha muerto á tu esclavo, que se encontraba hoy cojo ó manco ó tuerto, pero que habia tenido en aquel año la integridad de sus miembros y merecido un buen precio, estará obligado el que le mató, no á su valor actual, sino al más subido que ha tenido en aquel año. De donde se ha deducido que la accion de esta ley es penal, porque no sólo se está obligado al resarcimiento del daño causado, sino, á veces, á mucho más. De aquí se sigue que esta accion no se extiende contra el heredero, como habria sucedido si la condena no hubiese nunca excedido del daño causado.

Aquí se trata del año *ántes* de la pérdida de la cosa, miéntras que en el robo y en el hecho de arrebatar con violencia se calcula el precio por el mayor valor que aquélla haya tenido *despues* del delito. En este último caso se ve la verdadera estimacion del perjuicio, porque la cosa hubiera podido obtener el mismo valor en manos de aquel á quien ha sido robada. Pero en el primero vemos por el texto que el precio puede exceder del verdadero perjuicio; en esto consiste la pena.

X. Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea quæ diximus; sed eo amplius quidquid præterea perempto eo corpore damni nobis allatum fuerit: veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit quam jussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occissus, non solum occisi fit æstimatio; sed eo amplius id quoque computatur, *quanto depretiati sunt qui supersunt.*

10. Esto se ha decidido, *no segun los términos de la ley, sino por interpretacion*: que debe hacerse apreciacion no sólo del cuerpo que ha perecido, segun lo que acabamos de decir, sino ademas de todo el perjuicio que su pérdida nos haya ocasionado. Por ejemplo, si tu esclavo, instituido heredero, ha sido muerto por alguno ántes que haya hecho adicion por órden tuya, es constante que se deberá tambien tomar en cuenta la pérdida de esta herencia; del mismo modo si ha sido muerta una de las mulas de un par, ó uno de los caballos de una cuadriga, ó uno de los esclavos de una compañía de comediantes, no se estima sólo la cosa perdida, sino que tambien debe tenerse presente la *depreciacion de lo que queda.*

*Non ex verbis legis, sed ex interpretatione.* Observamos que la regla que aquí es preciso, lo mismo que en el robo, tener presente, acerca no sólo del valor corporal de la cosa, sino tambien de su valor relativo y de los accesorios que pueden aumentarla, no se halla en el texto mismo de la ley Aquilia, sino que procede de la interpretacion de los prudentes.

*Quanti depretiati sunt qui supersunt.* Por consiguiente, se apreciará lo que valian ántes, cuando se hallaban todos reunidos, lo que valen los que quedan despues de la pérdida, y la diferencia será la estimacion del perjuicio ocasionado por esta pérdida.

XI. Liberum est autem ei cujus servus occisus fuerit, et judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, et capitalis criminis reum facere.

11. Por lo demas, aquel cuyo esclavo ha sido muerto, se libra de reclamar por accion privada la indemnizacion de la ley Aquilia, y de intentar una accion capital contra el matador.

No debe creerse que la muerte de un esclavo fuese castigada entre los romanos con una reparacion pecuniaria, como sucedia con una bestia de carga. La accion de la ley *Aquilia* era relativa á la indemnizacion civil solamente, pero el señor tenía tambien contra el matador la acusacion criminal de la ley *Cornelia*, que castiga la muerte violenta con una pena pública. La primera inten-

tada no perjudicaba á la otra (1). «*Ex morte ancillæ, quam cæsam conquestus est, tam legis Aquiliæ damni sarciendi gratia actionem, quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere tibi posse non ambigitur*», ha dicho en un rescripto el emperador Gordiano (2).

XII. Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

12. El segundo capítulo de la ley Aquilia no está ya en uso.

El segundo capítulo, desconocido hasta nuestros dias, y acerca del cual habian hecho los intérpretes inútiles conjeturas, lo hemos hallado en el manuscrito de Gayo. Establecia, contra el adstipulador que hubiese dejado libre al deudor por aceptilacion, y extinguido de este modo el crédito en fraude del estipulador, una accion por todo el valor del perjuicio (*quanti ea res esset*) (3). Hemos visto ántes lo que era el adstipulador, y la aceptilacion. Podrémos comprender por esto cómo el adstipulador tenía en sí la facultad de destruir, de hacer perecer el crédito ó deuda en perjuicio del estipulador, á quien pertenecia en realidad. Esta pérdida es la que el segundo capítulo de la ley Aquilia tenía por objeto reparar. Así por el capítulo primero habia la ley hecho reparar el daño causado por la muerte, por la destruccion de los esclavos ó de los animales más útiles, aquellos que se apacentaban en manadas : por el segundo capítulo se habia previsto la destruccion de los derechos de crédito de uso más frecuente, los de la estipulacion. El primer capítulo era relativo á la pérdida completa de ciertas cosas corpóreas ; y el segundo, á la pérdida completa de ciertas cosas incorpóreas. Vamos á ver, en el tercer capítulo, que completaba aquel pensamiento de prevision, ocuparse de la pérdida de otros objetos distintos de los ya indicados en los dos primeros capítulos, ó en las lesiones y deterioros ocasionados á unos ó á otros.

Por lo demas, independientemente de la accion de la ley Aquilia, el estipulador no habria quedado desarmado contra el adstipulador que hubiese destruido el crédito en fraude de sus derechos. Tendria contra él la accion de mandato (*actio mandati*), pues se habia mostrado infiel á su mandato ; y esta accion hubiera bastado, segun nos dice Gayo, para conseguir el objeto, si la accion

(1) Dig. 9. 2. 23. § 9. f. Ulp.
(2) Cod. 3. 35. 3.
(3) Gay. 3. § 215.

de la ley Aquilia no ofreciese, como verémos, mayor ventaja para prevenir ó para castigar las contestaciones de aquél que se hallase á ellas sometido (1).

Mas habiendo caido en desuso el valerse de los adstipuladores, y habiéndolo hecho Justiniano completamente inútil, debió quedar al mismo tiempo sin uso el capítulo segundo de la ley Aquilia.

XIII. Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque, si quis servum vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur : quamquam potuerit soli rupti appellatio in omnes istas causas sufficere : ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta, aut fracta, sed etiam scissa et collisa, et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.

13. El tercer capítulo provee á otra especie de daño. Así cuando un esclavo ó un cuadrúpedo de los que pastan en manadas, haya sido herido, ó bien cuando un cuadrúpedo no comprendido en esta clase, como un perro ó un animal silvestre ó feroz, haya sido herido ó muerto, este tercer capítulo establece para él una accion. Reprime igualmente el daño causado con injusticia á todos los demas animales y en todas las cosas inanimadas ; en efecto, establece este capítulo una accion para todo lo que fuese quemado, roto ó fracturado : aunque la palabra roto (*ruptum*) habria podido bastar para designar por sí sola todos estos casos, porque significa lo que por cualquier medio ha sido alterado ó corrompido (*corruptum*). De donde se sigue que en esta palabra no debe sólo entenderse lo roto y quemado, sino tambien lo separado, abierto y apartado, en una palabra, lo perdido ó deteriorado por cualquiera causa. En fin, se ha decidido que el que mezcláre en el vino ó en el aceite de otro sustancias á propósito para alterar su buena calidad, sería responsable por esta parte de la ley.

Véanse los términos de este tercer capítulo, que nos han sido conservados en un fragmento de Ulpiano, inserto en el Digesto. « *Cæterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum facit quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea reserit in diebus triginta proximis tantum æs domino dare damnatus esto.* »

XIV. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo

14. Es evidente que de la misma manera que no se está obligado, segun el primer capítulo, por la muer-

(1) Inst. lib. 4, tit. xvi, § 1.

aut cuadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite *ex dolo aut culpa* de cætero damno quemque teneri. Hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit obligatur is qui damnum dederit.

te del esclavo ó del cuadrúpedo, sino en cuanto han sido muertos por dolo ó fraude, así en el capítulo tercero está uno obligado por cualquier otro daño, *cuando hay dolo ó fraude.* Pero aquí la obligacion del que ha causado el daño consiste en el más subido valor de la cosa, no en el año, sino en los treinta últimos dias.

*Ex dolo aut culpa.* En efecto, el capítulo tercero reproduce las expresiones del primero, *injuria ;* es preciso que el daño haya sido siempre causado contra derecho. Pero si se ha obrado sin culpa ninguna y conforme á derecho, no resulta obligacion ; tal es, por ejemplo, el caso del que, por contener el incendio, corta las paredes de la casa inmediata (1); ó de los marineros, que cuando su nave, impelida por la violencia de los vientos, se ha enredado en los cables de otro buque, cortan los cables, si es que no hay otro medio de escapar del peligro (2).

XV. At ne PLURIMI quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adjectum fuisset, nam plebem Romanam quæ, Aquilio tribuno rogante, hanc legem tulit, contentam fuisse quod prima parte eo verbo usa esset.

15. La palabra PLURIMI (la mayor) no ha sido aquí añadida. Pero Sabino ha juzgado con razon que se debe hacer la apreciacion, como si esta palabra se hallase en la ley, porque los plebeyos que han establecido esta ley, á propuesta del tribuno Aquilio, han juzgado suficiente haber usado esta palabra en la primera parte.

En efecto, la sola lectura del texto de la ley, que hemos reproducido, demuestra evidentemente que la palabra *plurimi* se halla subentendida.

XVI. Cæterum, placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse, *si quis præcipue corpore suo damnum dederit;* ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti, si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum ita vehementet egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum

16. Por lo demas, la accion directa de esta ley no tiene lugar *sino cuando alguno ha causado el daño con su propio cuerpo:* por consiguiente, contra aquel que lo causa de otro modo, se acostumbra á dar acciones útiles. Por ejemplo, si alguno ha encerrado á un esclavo ó algun ganado de manera que perezca de hambre; si ha llevado tu caballo con tanta violencia que lo ha reventado; ó si de tal modo ha es-

(1) Dig. 9. 2. 49. § 1. f. de Ulp. Segun Celso.
(2) Ib. 29. § 3. f. de Ulp. Segun Labeon.

exagitaverit, ut præcipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo, aut mortuus aut aliqua parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit; cum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti, si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

pantado á algun animal de la manada que se ha arrojado á un precipicio; ó si ha persuadido al esclavo de otro á subir á un árbol ó á bajar á un pozo, y al subir ó al bajar respectivamente se ha matado ó causado daño en alguna parte del cuerpo, habrá contra aquél la accion útil. Pero si alguno desde lo alto de un puente ó desde la orillà ha arrojado el esclavo de otro al rio y se ha ahogado; como lo ha arrojado, no debe haber ninguna dificultad en decir que ha causado el daño con su cuerpo, y por consiguiente, que es responsable por la misma ley Aquilia; pero si no ha causado el daño con su propio cuerpo, ni dañado á ningun cuerpo, sino que de cualquiera otro modo se haya causado perjuicio á otro, siendo inaplicables lo mismo la accion directa que la accion útil de la ley Aquilia, se concede contra el culpable una accion *in factum:* por ejemplo, si alguno por compasion hubiese librado de sus cadenas al esclavo de otro, para que pudiese huir.

Es preciso distinguir bien, respecto del daño causado contra derecho (*injuria*), las tres ocasiones diferentes de que nos habla aquí el texto: 1.°, la accion directa de la ley Aquilia, llamada tambien pura y simplemente accion de la ley Aquilia; 2.°, la accion útil (*utilis Aquiliæ*); y 3.°, en fin, la accion *in factum*.

Para que haya lugar á la accion directa de la ley Aquilia, es decir, á la que procede directamente de la ley, de su texto mismo, es indispensable, para valernos de las expresiones de los jurisconsultos, que el daño haya sido hecho *corpore et corpori*. — *Corpore*, es decir, segun nuestro mismo texto, *si quis præcipue corpore suo damnum dederit*, si alguno ha causado corporalmente el daño; si lo ha hecho con su mismo cuerpo; si su propio cuerpo ha sido el instrumento, ya dando de golpes á la persona ó á la cosa, con sus manos, sus piés ó cualquiera otra parte de su cuerpo; ya dirigiendo contra ella la espada, la saeta, el arma ó instrumento que le ha causado el daño (1). Pero si no ha hecho más que producir la ocasion, la causa de la muerte ó del daño, sin producir

(1) Dig. 9. 2. 7. § 1. f. de Ulp. — 9. pr. y § 1. — 11. § 5 29. § 2.

corporalmente el mismo daño (*si causam mortis præstiterit;* — *causam mortis præbuit*), en este caso no se está ya en los términos directos de la ley: no hay ya lugar á la accion directa. Los ejemplos dados por el texto dan á entender suficientemente esta distincion, en la que, es preciso confesarlo, hay más sutileza que buenas razones. — Es menester ademas que el daño haya sido causado *corpori*, á un cuerpo; es decir, como dice tambien nuestro texto: *si corpus læsum fuerit*, es preciso que un cuerpo haya sido dañado, perjudicado ó destruido. Si se ha dañado á alguno, sin perjudicar ni destruir á ninguna persona ó cosa á él perteneciente, como, por ejemplo, si se ha dado libertad á un esclavo encadenado á fin de que se fugase, lo que de ningun modo ha causado daño ni perjuicio al cuerpo del esclavo, aunque de él haya sido privado su señor, tampoco hay lugar á la accion directa de la ley Aquilia.

En el primero de estos dos casos, es decir, cuando se ha producido la causa del daño, sin producir corporalmente el daño mismo, la distincion es más sutil que fundada en buenas razones. Así los jurisconsultos, conviniendo que no se estaba en los términos directos de la ley Aquilia, daban para este caso la accion útil, es decir, introducida por interpretacion á ejemplo de la de la ley, y procurando proporcionar los mismos resultados.

En el segundo caso, es decir, cuando no ha sido destruido, perjudicado ni menoscabado ningun cuerpo, se está verdaderamente fuera del espíritu lo mismo que de los términos de la ley Aquilia. Ni directa ni indirectamente aparece ya la especie del daño que esta ley ha pretendido prever. Entónces, si el hecho no corresponde á ninguno de los que han sido previstos y castigados por medio de una accion especial, como la accion de robo, de corrupcion de esclavos ú otras, se da la accion general *in factum* (cuya fórmula está concebida segun el hecho), que suplia, como verémos más adelante explicando el carácter de esta forma particular de accion, en los casos imprevistos en que no hubiese accion particular y denominada (1).

La accion directa de la ley Aquilia se da al propietario de la cosa destruida ó dañada (2). Pero el possedor de buena fe, el usu-

---

(1) Véase en adelante tít. VI, párrafo dedicado á las acciones *in juris* ó *in factum*, lo que dirémos de esta accion *in factum* y de la accion útil de la ley AQUILIA, que se llama *actio utilis in factum ex lege Aquilia*, y alguna vez sólo *actio in factum*.

(2) Dig. 9. 2. 11. §§ 6 y 9. f. de Ulp.

fructuario y el acreedor con prenda pueden obtener la accion útil (1).

Si el daño ha sido causado corporalmente por muchos que obraban de acuerdo, todos se hallan obligados por la accion de la ley Aquilia, y la pena que uno sufra no deja libres á los demas, pues la accion es penal (2). Por la misma razon no pasa esta accion contra los herederos, que sólo se hallan obligados hasta donde se extienda lo que el daño causado haya podido enriquecerlos (3).

Tiene de particular que en caso de denegacion y de contestacion por parte del culpable, la condena se hace doble contra él, segun los mismos términos de la ley Aquilia: *adversus inficiantem in duplum actio est* (4).

En fin, puede suceder que, independientemente de la accion de la ley Aquilia, tenga el propietario de la cosa contra el que á la misma ha causado daño, alguna otra accion, procedente, por ejemplo, de un contrato civil, como accion de prenda, de depósito, de comodato, de arrendamiento ó de sociedad, si al que ha causado daño á la cosa es un acreedor con prenda, un depositario, un comodatario, un locatario ó un socio. En este caso, al propietario toca elegir entre las acciones que se le ofrecen, pero la eleccion de la una supone la renuncia de la otra (5). Sin embargo, á pesar de haber elegido la accion civil, podrá tambien proceder por la accion de la ley Aquilia, por el exceso que contuviese esta accion (6).

## TITULUS IV.

### DE INJURIIS.

Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit. Specialiter, alias contumelia quæ a contemnendo dicta est, quam Greci ὑβριν appellant; alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum *injuriæ* accipitur, alias iniquitas est

## TÍTULO IV.

### DE LAS INJURIAS.

*Injuria*, en su acepcion general, significa todo acto contra derecho; en un sentido especial quiere decir, ya ultraje, que viene de la palabra ultrajar, ὑβριν entre los griegos; ya culpa, en griego ἀδίκημα, como en la ley Aquilia, cuando se dice perjuicio causado *injuria*. Otras veces,

(1) Ib. §§ 8 y 10.
(2) Ib. § 2.
(3) Ib. 23. § 8.
(4) Ib. 2. § 1. f. de Gay.
(5) Dig. 9. 2. 7. § 8; 18 y 27. § 11.
(6) Dig. 44. 7. 34. § 2. f. de Paul.

injustitia, quam Greci ἀδίκιαν vocant. Cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.

en fin, se toma en el sentido de iniquidad é injusticia, que los griegos llaman ἀδίκιαν. En efecto, se dice de aquel contra quien el pretor ó el juez han pronunciado una sentencia injusta, que ha sufrido *injuria*.

Observemos las diversas acepciones de la palabra *injuria*. Desde luégo el sentido propio y general es todo lo que es contrario al derecho, *omne quod non jure fit*. Ademas tiene otras muchas acepciones particulares: 1.°, la culpa que causa á otro un perjuicio, como en la ley Aquilia; 2.°, la injusticia é iniquidad del juez, que falla contra derecho; y 3.°, en fin, el ultraje, la afrenta (*contumelia*, del verbo *contemnere*, despreciar, ultrajar). En este sentido especial se toma esta palabra en nuestra lengua y en la accion de injurias, de que aquí se trata.

I. Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit; sed et si cui *convictium factum fuerit*, sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen escripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.

1. Se comete una injuria, no sólo dando á alguno de golpes con el puño, con varas, ó azotándole de cualquier otro modo, sino tambien *promoviendo contra él un alboroto*, y tomando posesion de sus bienes, suponiéndole su deudor, aunque sepa bien que nada debe; escribiendo, componiendo, publicando un libelo ó versos infamantes, ó haciendo que alguno haga esto malamente; siguiendo á una madre de familia, á un jóven ó á una jóven; atentando al pudor de alguno, y en fin, por una multitud de otras acciones.

La injuria, dice Labeon, puede tener lugar ó por hechos ó por palabras, *aut re*, *aut verbis* (1). A los ejemplos que cita el texto se podrán añadir otros muchos que se encuentran en los fragmentos de diversos jurisconsultos; por ejemplo, si á sabiendas se aprehende á un hombre libre, tratándolo como esclavo fugitivo (2). Si con el objeto de cubrir de infamia á hombres, de quienes se sabe que son libres, se les llama esclavos (3), ó se les vindica en servidumbre (4); si, para insultar á alguno, se le habla

(1) Dig. 47. 10. 1. 7.
(2) Ib. 22. f. de Ulp.
(3) Cod. 9. 35. 9.
(4) Dig. 47. 10. 11. § 9. f. de Ulp.; y 12. f. de Gay.

como si fuese deudor, no siéndolo (1); si con el mismo objeto se le hace comparecer ante un tribunal (2); si por medio de algun medicamento, de alguna droga, ó de cualquier otra manera se perturba la razon de una persona (*mentem alicujus alienaverit*) (3); si se impide á uno que use ó se sirva de una cosa pública ó comun, por ejemplo pescar en el mar, pasar por un camino, pasearse, sentarse ó conversar en la plaza pública (4); si se insulta á un cadáver ó á alguna comitiva fúnebre (5); si se rompe ó mutila á pedradas la estatua de vuestro padre colocada en su monumento (6), y otros muchos ejemplos.

Pero en todos estos casos no hay nunca injuria sin intencion, sin voluntad de ultrajar, de injuriar, *cum enim injuria ex affectu facientis consistat* (7); y nadie puede cometer una injuria sin saber que la ha hecho: *injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere* (8). Por ejemplo, si os pego por juego ó en una riña; si doy de golpes á un hombre libre, creyendo que es mi esclavo; si el golpe que con el puño dirijo á mi esclavo os da á vos que estais á mi lado, no hay injuria (9). De aquí se infiere que el loco, el furioso y el impúbero que todavía no es *doli capax*, no pueden cometer injuria, aunque puedan sufrirla, porque no es necesario para que uno sea injuriado que se haya podido sentirla. (*Pati quis injuriam, etiamsi non sentiat potest*) (10).

Nos resta que dar algunas explicaciones acerca de ciertas expresiones de nuestro texto.

*Convitium factum fuerit.* Son éstas las injurias patentes, los gritos que se dirigen contra alguno, de manera que se cause un escándalo público, y se reuna gente en derredor. *Convitium autem dicitur, vel a concitatione, vel a conventu, hoc est, a collatione vocum* (11). Lo que puede tener lugar áun contra un ausente, como, por ejemplo, si se alborota la multitud reunida alrededor de su casa por

---

(1) Ib. 15. § 33.
(2) Ib. 13. § 3.
(3) Ibid. 15. pr.
(4) Ib. 13. § 7.
(5) Ib. 1. §§ 4 y 6.
(6) Ib. 27.
(7) Ib. 3. § 1.
(8) Ib. § 2.
(9) Dig. 47. 10. 3. §§ 3 y 4. f. de Ulp.—4. f. de Paul.
(10) Ib. 3. §§ 1 y 2.
(11) Ib. 1. § 1.—15. § 7. f. de Ulp.—Tal es tambien la explicacion de Teófilo en su *Paráfrasis*.—Véase Paul. Sent. 5. 4. § 21.

medio de los gritos con que se la asalta (1). Que las vociferaciones se pronuncien por uno solo ó por muchos, poco importa; si han tenido lugar de modo que causen un alboroto, hay *convitium;* pero fuera de este caso, las injurias verbales no se comprenden bajo esta denominacion.

*Matremfamilias*, que significa toda mujer de honradas costumbres (*eam quæ non inhoneste vixit, matrem enim familias a cæteris feminis mores discernunt atque separant*), casada ó viuda, ingénua ó liberta (2).

*Prætextatum, prætextatam.* El jóven ó la jóven que viste aún todavía la toga ó pretexta, que regularmente no dejaban hasta la pubertad.

*Adsectatus fuerit.* Ulpiano nos explica el sentido de estas palabras : *adsectatur, qui tacitus frecuenter sequitur*, lo que se refiere á seguir constantemente los pasos de una persona, áun en silencio, *assidua enim frecuentia quasi præbet nonnullam infamiam* (3).— Sería tambien responsable por la accion de injurias por haberlas llamado (*si quis virgenes appellasset*); es decir, invitado y rogado con palabras halagüeñas : «*Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtentare*» (4), ó por haberlas separado de la persona encargada de acompañarlas (*vel eis comitem abduxit* (5).—Es preciso observar que si las mujeres saliesen con vestidos de esclavas ó de personas de mala vida, el que las dirigiese semejantes injurias sería considerado como ménos culpable (*minus peccare videtur*) (6).

*Pudicitia attentata*, expresion cuyo sentido nos define Paulo: «*Adtentari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat*» (7).

II. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; item per uxorem suam: id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ no-

2. Se recibe una injuria, no sólo por sí mismo, sino tambien por los hijos que se tienen bajo su potestad, y áun por su esposa; y esta opinion ha prevalecido. Si, pues, injuriais á una jóven que se halla bajo la potestad de su padre y casada con Ti-

(1) Ib. 15 § 11.
(2) Dig. 50 16. 46. § 1. f. de Ulp.
(3) Dig. 47. 10. 15. § 22.
(4) Ib. §§ 15 y 20.
(5) Ib. §§ 15 y 19.
(6) Ib. § 15.
(7) Dig. 47. 10. f. de Paul.

mine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem, si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed et *socer nurus nomine cujus vir in ejus potestate est*, injuriam agere potest.

cio, podrá ejercitarse contra vos la accion de injuria, no sólo á nombre de la jóven, sino tambien á nombre de su padre ó de su marido. Por el contrario, si se ha hecho una injuria al marido, no puede la mujer ejercitar la accion. La justicia constituye al marido defensor de su mujer, pero no la mujer de su marido. El suegro puede igualmente perseguir por injuria al que se la haya causado *á su nuera, cuyo marido se halla bajo su potestad.*

Ulpiano resume en estas palabras los principios de este párrrfo : «*Aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi; per alias, cum per consecuentias fit, cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive : spectat enim ad nos injuria, quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sunt*» (1).

Es preciso observar que respecto de los hijos, sólo cuando se hallan bajo la patria potestad puede decirse que la injuria que se les hace se hace tambien al padre, al jefe de la familia; pero si se tratase de hijos fuera de la patria potestad, por ejemplo, de hijos emancipados, la injuria que se les hiciese no se haria al padre.

Respecto de la mujer, *uxor*, no sucede lo mismo; no es necesario que se halle *in manu viri* para que el marido sea personalmente injuriado por la injuria que se le dirija. El derecho natural del marido, y la obligacion que tiene de protegerla, bastan para identificarlo con ella y para que participe de cualquier injuria que se la dirija, aunque no la tenga en su propiedad (*in manu*). Tal es la opinion que ha prevalecido (*id enim magis prævaluit*) (2). — Y áun se extendia este derecho al desposado por esponsales, por las injurias causadas á la mujer con quien habia contraido aquéllos (3).

Observemos que en todos estos casos en que se halla una persona injuriada por injuria hecha á otra, ni las injurias ni las acciones se confunden entre sí. Hay tantas injurias y tantas acciones diferentes cuantas son las personas injuriadas. Así por la injuria hecha al hijo de familia habrá dos acciones : una á nombre del hijo directamente injuriado (*filii nomine*); la otra en nombre del padre

---

(1) Ib. 1 § 3.
(2) V. Gay. 3. §§ 221 y 222.
(3) Dig. 47. 10. 15. § 24. f. Ulp.

que lo ha sido en la persona de su hijo (*patris nomine*). De la misma manera, en el caso de una injuria hecha á una mujer que está casada sin entrar *in manu viri*, y por consiguiente, sin salir de la patria potestad, hay tres personas injuriadas: la mujer, su padre, jefe de familia, y su marido; y por consiguiente, tres acciones diferentes.

*Socer, nurus nomine cujus vir in ejus potestate est.* En este caso particular hay cuatro personas injuriadas: la mujer, su padre, jefe de familia, su marido, y el padre, jefe de la familia de este último, que tambien se halla injuriado por haberlo sido su hijo de familia.

Aunque estas acciones de injurias sean distintas y separadas, sin embargo, una misma persona se halla comunmente encargada de ejercitar muchas. Así no pudiendo los hijos de familia ordinariamente proceder por sí mismos en justicia, el padre ejercita las dos acciones, una de su cuenta, y otra en nombre de su hijo. «*Pater cujus filio facta est injuria, non est impediendus quominus duobus judiciis, et suam injuriam persequatur et filii*» (1).

Á veces, sin embargo, en ciertos casos excepcionales permite el pretor á los hijos de familia ejercitar por sí mismos las acciones de injurias que les competan: como, por ejemplo, si aquel en cuyo poder se hallan se encuentra ausente y sin procurador (2).

Estas acciones son de tal modo distintas, que aunque se trate del mismo hecho injurioso, la estimacion de la condena no debe ser la misma en todas. En efecto, verémos que esta estimacion debe fundarse en la consideracion y dignidad de la persona ofendida: podrá, pues, ser diferente respecto del hijo, del padre, de la mujer ó del marido. «*Cum utrique, tam filio quam patri, adquisita actio sit: non eadem utique facienda æstimatio est; cum possit propter filii dignitatem major ipsi quam patri injuria facta esse*» (3).

III. Servis autem ipsis quidem *nulla injuria fieri intelligitur*, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et

3. *No se admite, propiamente hablando, injuria personal contra los esclavos;* pero se reputa á su señor injuriado en ellos; no, sin embargo, como en sus hijos ó en su esposa, sino sólo cuando los hechos son de tal modo graves, que causan un ver-

(1) Dig. 47. 10. 41. f. Nerat.
(2) Ib. 17. §§ 10 y sig.
(3) Ib: 30 y 31.

quod aperte ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.

dadero ultraje al señor. Por ejemplo, se concederá la accion contra aquel que hubiese azotado con varas al esclavo de otro. Pero por haberlo hecho objeto de la irrision de las gentes, por haberle dado un puñetazo, no tendrá el señor ninguna accion.

*Nulla injuria fieri intelligitur.* Así, segun el derecho civil riguroso, no hay nunca injuria en cuanto á la persona del esclavo. Sólo el señor podrá considerarse injuriado en su esclavo, y áun para esto será preciso que el hecho, segun la naturaleza y la intencion del que lo ha cometido, haya sido contra él dirigido. En este caso tendrá el señor, no una doble accion, una por su esclavo y otra por sí, sino una sola accion en su propio nombre. Sin embargo, no queria el pretor dejar siempre impunes las injurias que se hacian al esclavo solamente, sin intencion de ofender al señor (*ipsi servo facta injuria, inulta, a Prætore relinqui non debet*). Estableció, pues, textualmente en un edicto una accion pretoriana de injuria, que daba de pleno derecho, si el esclavo hubiese sido golpeado ó puesto en tormento sin órden del señor (*injussu domini*); y sólo con conocimiento de causa (*causa cognita*), en los demas hechos que pudiesen ser de ménos gravedad (1). En este conocimiento de causa, como tambien para fijar el tanto de la condena en razon á la injuria hecha al esclavo, se tenía en consideracion la persona y ocupacion de este esclavo, segun las distinciones que hemos indicado (t. I, p. 52) (2). Por lo demas, esta accion pretoriana, aunque dada por la injuria hecha á la persona del esclavo, pertenece siempre á su señor (3).

IV. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona : quia ipsis fit injuria.

4. Si se ha hecho injuria á un esclavo comun, quiere la equidad que su estimacion se haga, no segun la parte que cada uno tiene en la propiedad, sino en razon de la persona de los señores; porque ellos son los injuriados.

Aquí se trata del caso en que los copropietarios del esclavo obrasen en su propio nombre por una injuria que hubiese perso-

(1) Dig. 47. 10. 15. §§ 34 y sig.
(2) Ib. § 44.
(3) Ib. § 48.

nalmente recaido sobre ellos. Porque si se tratase de la accion pretoriana de que acabamos de hablar en el párrafo anterior relativo á la injuria del esclavo, el beneficio de la accion deberia dividirse entre los señores en proporcion á su parte de propiedad.

V. Quod si usufructus in servo Titii est, proprietas Mævii, *magis Mævio* injuria fieri intelligitur.

5. Si Ticio tiene el usufructo, y Mevio la propiedad del esclavo, se reputará la injuria *hecha más bien á Mevio.*

*Magis Mævio.* Á ménos que no resulte de los hechos y de la intencion de quien ha cometido la injuria, que iba dirigida contra el usufructuario del esclavo, y no contra el propietario (1). Lo mismo sucede respecto del poseedor de buena fe, como expresa el párrafo siguiente.—Mas en todos los casos la accion pretoriana por injuria hecha á un esclavo sólo corresponde al propietario.

VI. Sed libero qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur; sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit: tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est et in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

6. Si la injuria ha sido hecha á un hombre libre que te servia de buena fe, no tendrás ninguna accion, pues él mismo podrá obrar en su propio nombre, á ménos que por sólo ultrajarte haya sido insultado, pues en este caso tienes tú tambien accion de *injurias.* Lo mismo se entiende respecto del esclavo de otro, que te sirve de buena fe, porque no se te debe conceder accion de *injurias* sino en cuanto la injuria haya sido hecha en desprecio tuyo.

VII. Pœna autem injuriarum, ex lege Duodecim Tabularum, propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt, eam æstimare: ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœnam quidem injuriæ quæ ex lege Duodecim Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxe-

7. La pena de las injurias, segun la ley de las Doce Tablas, era la del Talion; por un miembro roto, por un hueso fracturado, una multa proporcionada á la suma pobreza de los antiguos. Pero posteriormente permitieron los pretores á los que habian recibido la injuria que hiciesen ellos mismos la apreciacion de ella, á fin de que el juez condenase al culpable á pagar toda la suma que pedia el ofendido, ó ménos cantidad si le parecia conveniente. La pena de injurias que fijaba la ley de las Doce Tablas ha caido en desuso, y por el contrario, la introducida por los pretores, y conocida tambien con el nombre de honoraria, se ha

(1) Dig. 47. 10. 15. § 48.

runt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ : qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.

mantenido vigente; porque, segun el rango y consideracion moral de la persona injuriada, es mayor ó menor la estimacion de la injuria, y esta gradacion en la condenacion se observa con razon áun respecto de los esclavos; de tal manera que la apreciacion respecto de un esclavo apoderado general es diversa de la del que tiene un empleo de clase media, y diversa tambien, en fin, del que se halla en una clase inferior ó entre cadenas.

Paulo nos dice en sus *Sentencias* que la accion de injurias ha sido introducida ó por la ley, ó por el uso, ó por un derecho mixto (*aut lege, aut more, aut mixto jure*). Por la ley, es decir, por la ley de las Doce Tablas, *de famosis carminibus membris ruptis et ossibus fractis*. Por usos entiende Paulo las disposiciones introducidas por el derecho pretoriano, conforme á los usos que se fueron observando. En fin, por el derecho mixto, hace alusion á la ley CORNELIA (1).

Ya hemos reproducido (*Historia del derecho romano*, pág. 92) los fragmentos de las Doce Tablas que han llegado hasta nosotros, relativos á la pena contra las injurias, fracturas, y versos ó libelos infamatorios.

En cuanto al edicto del pretor, los fragmentos de Ulpiano insertos en el Digesto nos han conservado la mayor parte de sus disposiciones, y las consideramos bastante curiosas para merecer aquí un lugar por nota (2).

---

(1) Paul. Sent. 5. 4. § 6.

(2) « Qui adversus bonos mores convitium cui fecisse, cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convitium fieret, in eum judicium dabo.

» Ne quid infamandi causa fiat : si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam.

» Si ei qui in aliena potestate erit injuria facta esse dicetur, et neque is cujus in potestate est præsens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, ipsi qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.

» Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse injussu domini, quæstionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo. Item, si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita judicium dabo. » (Dig. 47. 10. 15. § 2, y 25. f. Ulp. — 10. § 17. f. Ulp. 15. § 34.)

*El edicto parece tambien haber contenido disposiciones semejantes á éstas :* Si quis contra bonos mores feminam, prætextatum prætextatamve appellaverit, assectatusve fuerit, vel ejus comitem subduxerit, judicium dabo. *Pero estas disposiciones no han llegado hasta nosotros textualmente.*

*En fin, este otro texto formaba tambien parte del mismo :* « Qui agit injuriarum, dicat quid factum sit. (Dig. 47. 10. 7. pr. f. Ulp.); et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit. » (*Collat. legum Mosaicar., hoc tit.* § 6.)

En fin, en cuanto á la ley Cornelia, se trata de ella en el párrafo que sigue.

VIII. Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit.

8. Pero la ley Cornelia trata ademas de las injurias, y ha introducido una accion de injurias para los casos en que alguno se queje de haber sido empujado, de haber recibido golpes, ó de haber entrado álguien por fuerza en su casa. Por casa se entiende la que uno habita, ya sea propietario de ella ó arrendatario, ya la ocupe gratuitamente ó por hospitalidad.

Generalmente se considera esta ley Cornelia como una ley particular, relativa especialmente á las injurias. Sin embargo, es más probable que sea la misma ley Cornelia *de Sicariis*, de que ya hemos hablado en la *Historia del Derecho* (pág. 210), expedida bajo la dictadura de Cornelio Sila, y la cual, aunque relativa principalmente á los homicidios, estatuia tambien lo conveniente, y de un modo accesorio, acerca de ciertas injurias graves. «La ley Cornelia, dice Teófilo, no guardó silencio acerca de las injurias.» Los casos en que daba accion son tres únicamente: por haber empujado, por haber dado de golpes, y por violacion de domicilio: «*Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus, verberastusve, domusve ejus vi introita sit* (1).

IX. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris, injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis vel libertis. Aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in

9. Se reputa atroz la injuria, ya por el hecho, como, por ejemplo, si alguno ha sido azotado ó herido con varas; ya por el paraje, como, por ejemplo, si ha sido injuriado en el teatro, en el foro ó en el pretorio; ya por la persona, como, por ejemplo, si la injuria se ha causado á un magistrado ó á un senador por una persona de ínfima clase, ó á un ascendiente ó á un patronato por sus hijos ó por sus libertos respectivamente. En efecto, la injuria hecha á un senador, á un padre ó á un patrono, se considera mucho más grave que la causada á un hombre de baja esfera ó á un extranjero. Á veces el lugar en que se ha recibido

(1) Dig. 47. 10. 5. pr. f. Ulp.

oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit: nam et hæc atrox æstimabitur.

la herida hace la injuria atroz: por ejemplo, si el golpe se ha recibido en el ojo. Poco importa que tal injuria haya sido hecha á un padre ó á un hijo de familia; no por eso se reputa como ménos atroz.

La circunstancia de que la injuria fuese más grave, de que correspondiese á la clase de las que los romanos llamaban atroces, debia tener muchas é importantes consecuencias. Vemos que el liberto no podia tener accion de injuria contra su patrono, ni el hijo que se hallase fuera de la patria potestad contra su padre, á ménos que se tratase de una injuria grave, de una injuria atroz (1). —La condena, ya civil, ya criminal, debia ser mayor si la injuria era atroz (2).—En fin, Gayo nos dice que en el caso de injuria atroz acostumbraba el pretor, al dar el juez y la fórmula, estimar é indicar él mismo por tasacion el *maximum* de la condena, y que el juez, aunque tuviese derecho para ello, no imponia ninguna pena inferior á dicho *maximum* (3).

X. In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est, posse *vel criminaliter agere, vel civiliter*. Et si quidem civiliter agatur, æstimatione facta secundum quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres quique super eos sunt, et *per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi vel suscipere*, secundum ejus tenorem qui ex ipsa manifestus apparet.

10. En fin, en toda especie de injurias el que la ha recibido puede *proceder ó criminal ó civilmente*. Civilmente, cuando es en una suma apreciada, como hemos dicho, en lo que consiste la pena. Criminalmente, cuando el juez aplica de oficio al culpable una pena extraordinaria. Conviene, sin embargo, observar que una constitucion de Zenon ha permitido á los hombres ilustres, ó de una dignidad superior, *intentar la accion de injuria y defenderse de ella, áun criminalmente, por medio de procurador*, como puede verse en el texto de dicha constitucion.

*Vel criminaliter agere, vel civiliter.* La accion de injuria, de que aquí tratamos, es una accion privada, que tiene por objeto obtener contra el delincuente una pena pecuniaria. La misma ley Cornelia, en sus disposiciones relativas á las injurias, daba orígen á semejante accion, es decir, á una accion privada (4).

(1) Dig. 47. 10. 7. §§ 2 y 3.
(2) Paul. Sent 5. 4. § 22.
(3) Gay. 3. § 224.
(4) Esto resulta sin duda alguna de los textos siguientes: Dig. 47. 10. 5. §§ 6 y 7.—6. f. Paul.—7. § 1. f. Ulp.—Dig. 3. 2. 42. § 1. f. Paul.

Pero se podia tambien, segun los casos, intentar una accion criminal : *extra ordinem criminaliter agere.* Vemos en los textos, y principalmente en las *Sentencias* de Paulo, que las condenas públicas eran excesivamente severas contra ciertas injurias, como, por ejemplo, la muerte por atentado cometido contra el pudor; el destierro, la relegacion á una isla, la destitucion de su clase por crímen de calumnia; el destierro á los trabajos públicos, segun las circunstancias, en los casos de la ley Cornelia (1).

*Per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter persequi vel suscipere.* La accion de injurias, miéntras que sólo se ejercitaba civilmente, como accion privada podia intentarse ó sostenerse por medio de procurador, por tutor, ó por cualesquiera otros representantes, y esto respecto de la que procedia de la ley Cornelia (2). Esta regla era general para todos. Pero si la accion se intentaba criminalmente, la regla general exigia comparecer en persona. El favor que Zenon concedia por su constitucion á las personas decoradas con el título de ilustres, es una excepcion particular (3).

XI. Non solum autem is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel curavit ut cui mala pugno percuteretur.

11. Está obligado por la accion de injurias, no sólo el que ha causado injuria, como, por ejemplo, el que ha dado á otro de golpes, sino tambien el que lo ha hecho con dolo ó ha procurado que se den golpes á alguno.

XII. Hæc actio *dissimulatione* aboletur; et ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim ut passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

12. Esta accion se extingue por la *disimulacion;* por consiguiente, el que ha abandonando la injuria, es decir, el que no ha manifestado ningun resentimiento en el momento de haberla recibido, no puede despues proceder, habiendo obrado la reflexion, por la injuria que ha perdonado.

*Dissimulatione:* es decir, si no se ha manifestado inmediatamente ningun resentimiento por la injuria; si en cierto modo se ha perdonado tácitamente, por el poco caso y por el desprecio que de ella se ha hecho en el momento de recibirla.

(1) Paul. Sent. 5. 4. §§ 4, 8, 11, 15 y sig.
(2) Dig. 47. 10. 11. § 2.—Dig. 3. 2. 42. § 1.
(3) Cod. 9. 35. 11. const. de Zenon.

Pero en caso contrario, es decir, si inmediatamente se ha manifestado resentimiento por la injuria recibida, y la intencion de proceder contra el que la ha causado, la accion se extinguirá y prescribirá al cabo de un año si la persona injuriada ha dejado transcurrir todo este tiempo sin intentar ningun procedimiento (1).

Y tambien si ésta ha muerto sin haber intentado ninguna accion, porque esta accion es absolutamente personal al ofendido y no pasa á sus herederos, á ménos que ya no se hallase entablada por la *litis contestatio* (2).

Ademas de las cuatro especies de delitos que acabamos de examinar y que se citan ordinariamente por los jurisconsultos romanos, hay otros hechos que nos parecen dignos sin duda de deber ser colocados tambien en la clase de los delitos, porque han sido especialmente previstos y caracterizados como tales por la legislacion civil ó pretoriana, y á los cuales se ha atribuido una accion particular.

Tales son las acciones *de tigno juncto* (3), *arborum furtim cæsarum* (4), procedentes de la ley de las Doce Tablas y concedidas por el doble. Tales son tambien los casos de ciertas acciones pretorianas, como la accion *servi corrupti*, por el doble (5); la accion contra los perjuicios causados por la multitud (*in turba*), y sin razon (*dolo malo*), por el doble dentro del año, y por el simple pasado el año (6); la accion contra los que se aprovechasen de un incendio, de una ruina, de un naufragio ó de la acometida de un navío para robar objetos, ó que los ocultasen : accion dada por el crádruplo dentro del año y por el simple despues (7).

Cuando concurrian muchos delitos, la jurisprudencia romana habia admitido el principio de que ninguno de ellos debia quedar impune, y que las acciones debian concurrir tambien : «*Numquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur : neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam.*» Por ejemplo, si alguno ha robado un esclavo, que ha muerto despues, habrá con-

---

(1) Dig. 47. 10. 17. § 6.—Cod. 9. 35. 5.

(2) Dig. ib. 13. pr.—Véase lo que he dicho de la *litis contestatio* (t. I. p. 418, nota 4).

(3) Dig. 47. 3. *De tigno juncto.*

(4) Dig. 47. 7. *Arborum furtim cæsarum.* En este caso sería igualmente aplicable la accion de la ley Aquilia.

(5) Dig. 11. 3. *De servo corrupto.*

(6) Dig. 47. 8. *Vi bonorum raptorum et de turba.* 4. f. Ulp.

(7) Dig. 47. 9. *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.*

tra aquél la accion *furti* y la accion de la ley Aquilia. De la misma manera si ha robado una esclava y la ha corrompido, habrá lugar á las dos acciones *furti* y *servi corrupti* (1). Es preciso observar ademas que sólo se trata aquí de penas pecuniarias y privadas, reclamadas por acciones penales privadas; y que los textos han sido separados de su verdadero sentido cuando han sido entendidos con relacion á las penas públicas, reclamadas por acusaciones criminales.

## TITULUS V.

### DE OBLIGATIONIBUS QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

## TÍTULO V.

### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN DELITO.

Siempre que hechos perjudiciales é ilícitos, que no corresponden á la clase de contratos ni á la de cuasi-contratos, hayan sido cometidos, ya con intencion culpable, ó sin dicha intencion, si no se hallan en el número de los que la legislacion ha caracterizado como delitos, es decir, si la legislacion no ha atribuido á estos hechos accion particular que les sea propia, entónces se está en el caso de una accion general, de la accion *in factum*, reconocida de hecho, usada comunmente para todos estos casos, y se dice que la obligacion es producida, no por un delito, sino como por un delito (*quasi ex delicto*). De donde se ha formado, en el lenguaje moderno del derecho, y á fin de expresarse más brevemente y sin perífrasis, la expresion de *cuasi delito* (2). Debe aplicarse al objeto de esta expresion lo que hemos dicho ántes acerca de la de *cuasi-contrato*. (Véase el título de los *cuasi-contratos*.)

El texto examina muchos casos que corresponden á esta categoría de hechos.

*Si judex litem suam facerit*, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur,

*Si un juez hace un proceso suyo*, no parece obligado precisamente por delito; sino que, como no lo está ni por delito ni por contrato, y que sin embargo ha faltado en alguna cosa,

(1) Dig. 47. 6. 1. 2. f. Ulp.

(2) Pero el *cuasi-delito*, en el derecho civil frances, se diferencia esencialmente de lo que era en el derecho romano; porque no se trata ya de saber entre nosotros si hay una accion especial y característica por sí misma, ó simplemente una accion general *in factum*, contra el hecho, para decir si hay delito privado ó solamente cuasi-delito.

licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri : et *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*, pœnam sustinebit.

aunque sólo fuese por ignorancia, se dice que está obligado como por delito, y será condenado á la estimacion de la cosa, *apreciada equitativamente por la religion del juez.*

*Si judex litem suam fecerit.* Esta expresion se hallaba destinada para significar que el juez habia convertido el proceso contra sí mismo, y que sobre sí habia tomado las consecuencias de él. Se encontraba en este caso cuando con mal propósito (*dolo malo*) habia pronunciado una sentencia inicua (*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*); ya por favor, por ódio ó por corrupcion (*si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes*) (1). Ó aunque, segun nuestro texto, tomado de Gayo, sólo lo hiciese por ignorancia (*licet per imprudentiam*) (2). El mismo jurisconsulto en su Instituta cita el caso en que el juez hubiese condenado á otra suma que la fijada imperativamente en la fórmula, ó que, en caso de tasacion de un *maximum*, hubiese excedido este *maximum* (3).

No es decir que los errores, las injusticias ó las violaciones del derecho, de que se trata, fuesen irreparables por otros medios. Generalmente se podia intentar el de la apelacion ; y áun en ciertos casos no era éste necesario : tal era aquel en que la sentencia contenia una formal violacion de la ley (*si specialiter contra leges, vel S.-C., vel constitutionem fuerit prolata.* — *Cum contra sacras constitutiones judicatur*) (4). Lo que un jurisconsulto caracteriza perfectamente diciendo, cuando el juez ha pronunciado contra el derecho de la constitucion más bien que contra el derecho del litigante (*cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur*) (5). Tal era tambien el caso de una sentencia venal, obtenida del juez por corrupcion (6). En estos casos, aunque no hubiese valido apelacion, ó la que se hubiese intentado hubiera sido rechazada por la prescripcion, se podia volver á principiar de nuevo la causa (*causa denuo induci potest*—*potest causa ab initio agitari*) (7).

---

(1) Dig. 5. 1. 15. f. de Ulp.
(2) Dig. 50. 13. 6.
(3) Gay. 4. § 52.
(4) Dig. 49. 1. 19. f. de Modest. — 8. 1. § 2. f. de Mac.
(5) Ib.
(6) Cod. 7. 64. 7. const. de Diocl. y Maxim.
(7) Dig. 49. 1. 19.

Esto supuesto, es natural preguntar si el recurso contra el juez, por haber hecho suyo el proceso, podia ejercitarse aún en los casos en que el litigante tiene el medio de hacer reformar la sentencia inicua ó de hacerla considerar como nula; ó bien si este recurso se limitaba únicamente á los casos en que la sentencia fuese irrevocable. El litigante parece haber tenido en todos los casos la accion contra el juez que habia hecho suyo el proceso; porque podia por muchas razones no querer ó no poder volver á principiar un nuevo litigio contra su adversario; como, por ejemplo, si éste era insolvente y no le ofrecia ya ninguna esperanza, ó por cualquier otro motivo que le hiciese preferible perseguir al juez.

*In quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur.* Así se expresa nuestro texto, conforme con Gayo. Nos dice Ulpiano que el juez convencido será condenado á pagar la verdadera estimacion del litigio que ha hecho suyo (*ut veram æstimationem litis præstare cogatur*) (1). ¿Pero quién hará esta apreciacion? El juez que conozca de la accion; ¿y bajo qué base? (*in quantum de ea re æquum videbitur*). De esta manera las dos opiniones de los jurisconsultos pueden reducirse á una misma.

Se pregunta á este propósito: ¿por qué el abandono y la imprudencia del médico se colocaban por los romanos entre los delitos, y sufrian la accion de la ley Aquilia, miéntras que las del juez sólo constituian un cuasi-delito? La verdadera razon es la que da M. Ducaurroy; porque en el primer caso el médico ha ofendido un cuerpo y perjudicado á éste (*corpori*), lo que corresponde á los casos á que preve la ley Aquilia, y por consiguiente le pertenece una accion por delito; miéntras que no sucede lo mismo en el segundo caso. Pero se ve que la mayor ó menor culpabilidad que haya entre el médico ó el juez no entra para nada en la cuestion.

I. Item, is ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plérumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui si-

1. Igualmente el que ocupa, ya como propietario, ya gratuitamente, una habitacion desde donde se ha arrojado alguna cosa que ha causado perjuicio á otro, se reputa obligado como por delito; pues no puede precisamente decirse obligado por delito, porque las más veces se halla obligado por culpa de otro, ya de su esclavo, ya de su hijo. Lo mismo

(1) Dig. 5. 1. 15.

milis est is qui, ea parte qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero quod dejectum efusumve est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia quæ in curatione facta sunt, præterea operarum quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est.

sucede respecto del que en un camino público ha puesto ó colgado algun objeto que al caer pudiese causar perjuicio á alguno; en este caso se halla establecida una pena de diez sueldos de oro. Pero respecto de las cosas arrojadas ó esparcidas, se halla establecida una accion, que consiste en el doble del perjuicio causado; y si un hombre libre hubiese sido muerto, la pena sería de cincuenta sueldos de oro. Si no ha sido muerto, sino herido, se da accion por la suma que el juez estime equitativa segun el caso. En efecto, el juez debe tener en cuenta los honorarios abonados al médico y demas gastos de la enfermedad, y ademas los trabajos que no ha podido desempeñar el herido ó que no podrá desempeñar en adelante por consecuencia de la incapacidad á que haya sido reducido.

Se trata en este párrafo de dos casos diferentes: de las cosas esparcidas ó arrojadas (*de effusis et dejectis*), y de las cosas colgadas ó peligrosamente colocadas (*de periculose positis et suspensis*) en un paraje público.

Respecto del primero de estos casos, el edicto del pretor se halla concebido en los términos siguientes. «*Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, induplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum judici videbitur eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo*» (1).

Observemos que aquí se trata de una accion *in factum*, no contra aquel que ha esparcido ó arrojado los objetos que han causado el daño (porque éste es responsable, si há lugar, por la accion de la ley Aquilia), sino de una accion contra el padre de familia que ocupa la casa ó parte de casa de donde han salido los objetos, por causa de su falta de vigilancia.

En el segundo caso, los términos del edicto son éstos: «*Ne quis in suggruenda protectove, supra eum locum, quo vulgo iter fiet, in-*

---

(1) Dig. 9. 3. 1. f. de Ulp.

*ve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit: qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo* » (1).

Por esta accion *in factum* reprime el pretor el solo hecho de haber puesto ó colgado en un camino público alguna cosa capaz de causar daño, por el peligro á que ha expuesto á los pasajeros.

Esta especie de accion es popular (2), es decir, que el derecho de intentarla corresponde á cualquier ciudadano, por haber sido introducida en el interes de todos. Lo mismo sucede con la accion relativa á la muerte de un hombre libre, acaecida por la caida de un objeto cualquiera. Sin embargo, si se presentasen muchos á ejercitarla, se daria la preferencia al más interesado ; por ejemplo, á los herederos ó á los cognados del difunto (3).

II. Si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est: Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

2. Si el hijo de familia ocupa una habitacion separada de la de su padre, y desde ella se ha arrojado ó vertido alguna cosa, ó tiene algun objeto colocado ó colgado, cuya caida fuese peligrosa, Juliano ha declarado que no hay ninguna accion contra el padre, y que es preciso proceder contra el mismo hijo : la misma observacion se aplica al hijo de familia que, siendo juez, hubiese hecho suyo el litigio.

No tiene el padre de familia aquí ninguna falta de vigilancia de que ser acusado en el primer caso, ni ninguna especie de responsabilidad en el segundo. Luego no puede ser perseguido ni áun hasta donde alcance el peculio de su hijo, porque verémos (lib. 4, tít. VI, § 10, y tít. VII, § 5) que no es responsable con este peculio de las obligaciones penales del hijo.

Mas si fuese un esclavo el que hubiese causado el daño, el señor se hallaria siempre obligado á reparar el perjuicio ó á abandonar al esclavo, como verémos más adelante (lib. 4, tít. VIII).

III. Item exercitor navis aut cauponæ aut stabuli, *de damno aut furto* quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nu-

3. El dueño de un navío ó el de una posada ó caballeriza, en razon del *perjuicio ó del robo* cometido en el navío, ó en la posada ó en la caballeriza, se halla igualmente obli-

(1) Dig. 5. 7. 6.
(2) Ib. 5. § 13. f. de Ulp.
(3) Dig. § 5.

llum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret. Cum enim, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

gado como por delito, si no es él quien ha cometido el delito, sino alguno de los que se hallan empleados en el navío, en la posada ó en la caballeriza. En efecto, como la accion establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato, y es él hasta cierto punto quien ha cometido culpa, por haberse valido de hombres malos, se le considera obligado como por delito. En estos casos se da una accion *in factum*, y que áun corresponde al heredero, pero no contra el heredero.

La àccion *in factum*, de que aquí se trata, fué introducida por la jurisdiccion pretoriana.

*De damno aut furto.* Así el capitan del navío ó el posadero se hacen personalmente responsables de los deterioros, de la destruccion ó del robo que fuesen cometidos en el navío ó en la posada (*in navi aut caupona aut stabulo*) por alguno de sus empleados (*alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*), porque siempre hay de su parte falta en valerse ó emplear tales gentes.

Esta accion se da contra ellos por el doble, y no impide la accion civil, ya de robo, ya de la ley Aquilia, segun el caso que existe tambien contra el verdadero culpable. Por manera que la parte ofendida tiene la eleccion, ó de ejercitar esta accion civil contra el autor del delito, ó bien ejercitar la accion pretoriana contra el capitan del navío ó posadero (1).

La accion de que aquí se trata es muy distinta de la que igualmente hay, segun el derecho pretoriano, contra los capitanes de navío ó posaderos para la restitucion de las cosas que les han sido confiadas. Esta última accion sólo es relativa á las obligaciones procedentes del contrato de arrendamiento ó del cuasi-contrato formado con el capitan ó con el posadero. Es independiente do todo delito (2); miéntras que la accion de que se trata en nuestro párrafo tiene por objeto castigar á los capitanes y á los posaderos por delitos que hubieran debido evitar: corresponde á las de los cuasi-delitos; y sólo tiene lugar en cuanto las circunstancias de robo ó de perjuicio son tales como se expresan en nuestro texto.

---

(1) Dig. 47. 5. 1. pr. §§ 2 y 3. pr. f. de Ulp.
(2) Dig. 4. 9. *Nautæ, caupones, stabularii*, etc. §§ 1 y 4. fr. de Ulp.

# RESÚMEN DEL LIBRO CUARTO.

(DESDE EL TÍTULO I AL V.)

*Obligaciones que nacen de un delito.*

El delito, en el derecho romano, no consiste en todo hecho perjudicial é ilícito cometido con mala intencion; para que haya delito, es preciso que el hecho perjudicial de que se trata haya sido especialmente previsto y caracterizado como tal por la legislacion, y que se le haya atribuido una accion particular. — Tales son el robo, el rapto, el perjuicio especialmente previsto por la ley Aquilia, y la injuria.

*Robo.*

El robo es la sustraccion fraudulenta de una cosa para sacar provecho, ya de la cosa misma, ya sólo de su uso ó de su posesion. — No puede tener lugar sino sobre cosas muebles. — Se distingue en robo manifiesto y no manifiesto. Las especies de acciones particulares, en los casos de robo *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* ó *non exhibitum*, no existian ya en tiempo de Justiniano. — Muchas acciones nacen del robo; la accion de robo (*actio furti*), la *condictio furtiva;* ademas de la vindicacion y de la accion *ad exhibendum* que pueden tener lugar. — La accion de robo es una accion penal, que se da por el cuádruplo en el caso de robo manifiesto, conforme á la legislacion pretoriana; y por el doble en el caso de robo no manifiesto, segun la ley de las Doce Tablas. Lo

que debe duplicarse ó cuadruplicarse no es la estimacion corporal de la cosa, sino el interes que tenía el demandante en que la cosa no fuese robada (*quod actoris interfuit*). Esta accion se da á aquel que se hallaba interesado en que el robo no se hubiese verificado; así muchas personas pueden intentarla á un tiempo, como, por ejemplo, el mero propietario, el usufructuario ó el que sólo tiene el uso, cada uno en su interes particular. Aun es posible que el propietario no la tenga; por ejemplo, si aquel en cuyas manos ha sido la cosa robada tuviese que responder de ella. — La *condictio furtiva*, la vindicacion y la accion *ad exhibendum* corresponden siempre al propietario de la cosa. Se le dan para reclamar la restitucion de su cosa, por la condiccion contra el ladron, como personalmente obligado á restituírsela, ó por la vindicacion ó la accion *ad exhibendum* contra cualquier otro poseedor. Así se dice que estas acciones son persecutorias de la cosa. — La accion *furti* es independiente de las demas, y se acumula con ellas; no sucede lo mismo con las acciones persecutorias de la cosa: obtenida la restitucion por una de ellas, cesan las demas.

*Accion de bienes arrebatados con violencia.*

La accion de los bienes arrebatados con violencia (*vi bonorum raptorum*) fué introducida por edicto del pretor. — No tiene lugar como la de robo, sino respecto de las cosas muebles. — Se da por el cuádruplo dentro del año despues de cometido el delito, comprendiendo en ella el valor de la cosa, y despues del año por el simple. Es á un mismo tiempo penal y persecutoria de la cosa, pues el valor de ésta se halla comprendido en el cuádruplo, consistiendo la pena sólo en el triple. — El hecho de la violencia no impide que haya robo; de tal modo que á la parte interesada toca escoger la accion que le sea más ventajosa, la accion *furti* ó la *vi bonorum raptorum*.

*Ley* AQUILIA.

La *ley Aquilia* relativa al daño causado contra el derecho (*damnum injuria datum*) comprendia tres capítulos. El primero se refiere al que hubiese muerto contra derecho (*injuria*) á un esclavo ó á un animal cuadrúpedo de los que pastan en manadas. La ley

da contra él una accion por el más alto precio que la cosa ha podido tener en el año que precede al delito. — El segundo capítulo era relativo al *adstipulador* que hubiese dejado libre al deudor por aceptilacion, y de este modo extinguido el crédito en fraude del estipulante. Cayó en desuso con el uso mismo de los adstipuladores. — El tercer capítulo era relativo al daño causado sin razon por la destruccion de cualquiera otra cosa distinta de los esclavos y cuadrúpedos que por su naturaleza pastan en manadas; como tambien por la lesion, degradacion ó fractura de la cosa. La ley da contra el delincuente una accion por el mayor valor de la cosa en los primeros treinta dias anteriores al delito. — Es preciso distinguir de la accion *directa* de la ley Aquilia, la accion *útil* (*utilis Aquiliæ*) y la accion *in factum*. La accion directa no tiene lugar sino cuando el daño ha sido ocasionado *corpore et corpori*. — Si no se ha cumplido la primera de estas condiciones, puede darse la accion útil de la ley Aquilia. — Mas cuando falta la segunda, esto es, cuando el perjuicio no consiste en lesion, ni en degradacion de un cuerpo, no hay lugar nunca ni á la accion directa ni á la accion útil de la ley Aquilia, sino sólo á la accion *in factum*.

## *Injurias.*

La palabra *injuria* en la accion *injuriarum* se toma en el sentido particular de afrenta ó ultraje (*contumelia*, del verbo *contemnere*). —La *injuria* puede tener lugar por hechos ó por palabras ; pero nunca sin intencion de injuriar de parte del que la haya ejecutado. — Se la recibe ó directamente por sí misma ó por otras personas que se hallan bajo nuestro poder ó nuestra proteccion. Así el padre de familia se considera injuriado en la persona de sus hijos, pero sólo de aquellos que se hallan bajo su potestad ; y el marido en la persona de su mujer, aunque no la tenga *in manu*. — En estos casos hay tantas acciones y condenas distintas como personas injuriadas. — La pena de las injurias habia sido establecida por la ley de las Doce Tablas, cuyas disposiciones no estaban ya vigentes ; despues por el derecho pretoriano y por la ley Cornelia, pero sólo en algunos casos particulares determinados en esta ley. Segun el derecho pretoriano, el demandante aprecia la reparacion que solicita por la injuria, pudiendo el juez otorgar ménos. —La injuria puede ser más ó ménos grave, segun el hecho, el

lugar ó la persona á quien ha sido dirigida. Estas consideraciones deben entrar en la apreciacion de la pena.

La accion de injuria se extingue por la disimulacion (*dissimulatione*), es decir, por la remision, por el abandono tácito que se muestra haber hecho de ella, si no se ha manifestado ningun resentimiento por la injuria en el momento mismo de recibirla. En el caso contrario, se prescribe por un año; es decir, si se ha estado un año sin proceder. — O bien si ha muerto alguno sin haberla intentado.—Por lo demas, nada impide, tanto en el caso de injurias como en otros delitos, cuando há lugar, obrar civil ó criminalmente, si se prefiere este último medio.

*Obligaciones que nacen como de un delito.*

Cuando los hechos perjudiciales é ilícitos no han sido caracterizados por la legislacion como delitos, y provistos, bajo este concepto, de una accion propia y especial, pueden dar lugar á una accion general y comun, á una accion *in factum*. Se dice entónces que la obligacion nace como de un delito (*quasi ex delicto*), de donde se ha tomado en el lenguaje moderno la expresion de *cuasi delito*.—Tales son, por ejemplo, los casos del juez que ha hecho suyo el proceso (*qui litem suam fecit*); del padre de familia, responsable de los perjuicios causados por lo que ha sido arrojado ó vertido desde su casa (*de dejectis et effusis*); del que ha colgado ó colocado objetos de un modo peligroso en los caminos públicos (*de periculose positis et suspensis*); y en fin, del capitan de navío ó huésped de posada, responsables de una accion, por los robos ú otros perjuicios fraudulentos, cometidos en el navío ó en la posada por alguno de los empleados de ellos.

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES (1).

La idea generadora de lo que se llama *accion* en el lenguaje del derecho, nos es ya conocida (*General. del derecho romano*, página 132).

De esta consideracion se deduce que el derecho por sí mismo es una regla muerta; que para darle impulso y movimiento es necesario un medio ó procedimiento cualquiera. De lo que se deduce que en toda sociedad, en todo tiempo y en toda especie de derecho, hay tres partes constitutivas é indispensables: 1.°, el derecho; 2.°, la organizacion de las jurisdicciones y de los diversos poderes que concurren al ejercicio de la autoridad judicial; y 3.°, el procedimiento.

La accion (de *agere*, obrar), en el sentido propio y natural de la palabra, es recurso á la autoridad para hacer valer sus derechos de un modo cualquiera, ya demandando, ya defendiéndose; el acto mismo de recurrir así al poder instituido al efecto.

Las figuras del lenguaje vienen despues á dar á dicha palabra otras diversas acepciones. Así en un sentido figurado la accion no es ya el acto mismo, sino el derecho de ejecutar dicho acto; es decir, el derecho de formar este recurso á la autoridad.

En fin, en un tercer sentido, figurado lo mismo que el segundo, no es ya ni el acto mismo ni el derecho de ejecutar este acto, sino

(1) La materia de las acciones en el derecho romano, desde los nuevos documentos que en esta parte ha suministrado el manuscrito de Gayo, ha sido ya examinada por tantos escritores alemanes, ya en tratados generales, ya en libros especiales ó en monografías, que ha principiado á ofuscarse ó confundirse. TIGESTROEM (1826), HEFFTER y KELLER (1827), ZIMMERN (1829), MAYER (1830), BECHMANN-HOLVEG (1834), REIN (1836), WALTER, de quien M. LABOULAYE nos ha dado una excelente traduccion, y BACHOFEN (1840), y en último lugar y sobre todos PUCHTA (1842), entre nosotros, M. BONJEAN (1838 y 1841): tales son los principales autores que pueden citarse en esta materia.

Se ve que aquellos cuya ciencia se limita al libro de M. ZIMMERN, cualquiera que sea el mérito que por otra parte tenga esta obra, tienen quince años de atraso con respecto á la bibliografía de esta materia.

Utilizando los escritos de los que me han precedido para el cuadro más reducido que me impone la naturaleza de mi trabajo, hay dos puntos en los que me he fijado especialmente: el primero consiste en investigar y hacer ver cómo los diversos sistemas de procedimiento romano y las instituciones de los pormenorss que á él se refieren, han procedido sucesivamente unos de otros; el segundo se reduce á comunicar la mayor claridad posible en estas materias, las más veces oscuras, resumiéndolos por épocas en algunos cuadros generales, donde aparezcan con viveza y animacion.

el medio que se os ha dado, la forma que se halla á vuestra disposicion para ejercitar este recurso.

Tenemos, pues, tres acepciones diferentes de la palabra accion: en la primera, la accion es un hecho; en la segunda, un derecho; en la tercera, un medio, una forma. Estas tres significaciones se usan todas en el lenguaje jurídico. Para admitir una definicion es preciso ántes convenir en cuál de estas tres acepciones se ha de tener presente.

Hasta aquí hemos hablado, hecha abstraccion del derecho romano, considerando las cosas en sí mismas segun la razon universal y en su más ámplia extension. Cada legislacion ofrece despues sus circunstancias especiales. Así, en el derecho romano, ademas de las significaciones generales, que son verdaderas en todas partes y siempre, descubrirémos, para la palabra *actio*, otras acepciones técnicas, más ó ménos limitadas, que han variado segun las épocas y segun los diversos sistemas de procedimiento.

Estos sistemas, como sabemos, son tres: el de las acciones de la ley (*legis actiones*); el procedimiento por fórmulas (*per formulam*), llamado tambien procedimiento ordinario (*ordinaria judicia*), y en fin, el del procedimiento extraordinario (*extraordinaria judicia*). Cada uno de ellos presenta un doble objeto de estudio: 1.º, la organizacion de las jurisdicciones y de los diferentes poderes que concurren al ejercicio de la autoridad judicial; 2.º, la forma de proceder. Ya hemos marcado el carácter principal de estos tres sistemas, y dado las nociones más generales que á ellos se refieren (*General. del derecho rom.*, pág. 132 y sig.; *Historia del der. romano* frecuentemente, y en especial en los números 28, página 127; 33 al 38, p. 133 al 146; 46 á 48, p. 180 á 191; 52 y 75, p. 201 y 281). Ahora se trata de entrar en algunos pormenores, evitando lo más posible las repeticiones.

## PRIMER SISTEMA. *De las acciones de la ley* (legis actiones).

### *Orígen y carácter general de este sistema.*

Con este sistema principia la historia del derecho romano. Alcanza á los primeros orígenes nacionales. Contiene en alto grado los diversos caractéres de una civilizacion ruda y en su infancia; el simbolismo material, un ritual de pantomimas y palabras con-

sagradas, la dominacion patricia y la influencia pontifical. Ha reinado exclusivamente para los ciudadanos más de cinco siglos y medio (desde el principio de Roma, segun su cronología, hasta la ley ÆBUTIA, en 577 ó 583). Sin embargo, diversas modificaciones, que sucesivamente ha experimentado, acreditan una tendencia cada vez más declarada en la sociedad romana, á medida que ésta progresaba, á separarse de él. Miéntras que reinaba sólo sobre los ciudadanos una jurisdiccion establecida para los extranjeros (la jurisdiccion del pretor peregrino, desde el año 507 de Roma), daba gradualmente orígen al sistema que debia con posterioridad reemplazarlo. En fin, cayó bajo la animadversion popular (en virtud primero de la ley ÆBUTIA), no ya de un solo golpe y en todas sus partes, sino poco á poco, conservándose todavía por largo tiempo en los vestigios que dejaba, ya realmente en algunos casos excepcionales, ya por ficcion en algunos usos simulados. Estas últimas huellas no se borraron enteramente hasta el tiempo de Justiniano. Por manera que no se descubre una separacion de tiempos fija y marcada entre el sistema de las acciones de la ley y el sistema formulario que le sucedió. Del uno al otro no se observa una sucesion inmediata y una sustitucion completa y radical. Se fundan el uno en el otro, y los vestigios del uno se extienden al reinado del otro. Lo mismo debe decirse del tercer sistema, que permaneció solo en último lugar, el del procedimiento extraordinario.

La palabra accion, en el sentido de acciones de la ley (*legis actiones*), designa una especie de procedimiento considerado en su totalidad. Así, cuando se dice que hay cinco acciones de la ley, se pretende significar que hay en este sistema cinco especies de procedimientos determinados y precisos.

Sabemos que estas cinco acciones de la ley son : la *actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* y la *pignoris capio* (1). No están clasificadas en su órden cronológico, sino que lo están segun su destino; las tres primeras son tres formas diferentes de proceder para llegar al arreglo y decision de un litigio, verdaderamente formas de proceso; las dos últimas son más particularmente formas de ejecucion forzada. La *actio sacramenti* y la *manus injectio* son, sin disputa, de todas, las más antiguas, y ofrecen la forma de proceso y el medio de ejecucion de los tiem-

(1) Gay. Com. 4. § 12.

pos primitivos. La *condictio* es la más reciente de las cinco; es dos siglos posterior á las Doce Tablas, miéntras que las otras cuatro son anteriores á dichas leyes, en las que descubrimos todavía algunos vestigios de ellas (*Historia del derecho rom.*, núm. 28, página 120). Estas fechas no dejan de tener significacion, y de ellas sacarémos alguna luz en problemas interesantes.

Propiamente hablando, no se entiende por accion de la ley todo el procedimiento, comprendiéndose en él el que tiene lugar ante el juez hasta la sentencia ó decision del litigio; sino sólo el ritual establecido que se observa ante el magistrado (*in jure*), y segun el cual, si há lugar, es uno enviado ante la autoridad que debe juzgar. El magistrado es el único que tiene la facultad de presidir al cumplimiento de la accion de la ley (*apud quem legis actio est*). Mas como la *pignoris capio* era un medio de ejecucion que tenía lugar, no *in jure*, sino fuera de la presencia del magistrado, nos dice Gayo que habia una cuestion entre los jurisconsultos romanos, relativa á saber si la *pignoris capio* era verdaderamente una accion de la ley (1).

A pesar del sentido técnico de la palabra accion en la expresion de *acciones de la ley*, donde designa exclusivamente una especie de procedimiento establecido, es decir, la forma, el medio puesto á disposicion del que quiere hacer valer su derecho, nadie duda que no se pueda tambien, áun bajo este primer sistema, dar á la palabra accion, usándola en general, las otras dos significaciones que le corresponden: la del hecho ó la del derecho. Así cuando Gayo nos dice constantemente: «*Lege agimus sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem*» (2), designa el hecho, el acto mismo de obrar; el *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio* no son más que formas empleadas en este acto. Del mismo modo, cuando nos dicen los jurisconsultos romanos que las acciones *familiæ erciscundæ*, *finium regundorum*, *de tigno juncto*, *de aqua pluviæ*, *in duplum ex causa depositi*, las diversas acciones *furti* y otras várias, proceden de las Doce Tablas (3), entienden

(1) Gay. Com. 4. §§ 26 y 29.

(2) Gay. Com. 4. §§ 12, 20, 21, 26, 31, etc.

(3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. pr. f. Gay.—10. 1. *Fin. regund.* 13. f. Gay.—47. 3. *De tign. juncto.* 1. pr. f. Ulp.—43. 8. *Ne quid in loco publ.* 5. f. Paul.—PAUL. *Sentent.* 2. 12. § 2. Véanse tambien en nuestra *Historia del derecho* los fragmentos de las Doce Tablas, con las notas que á ellos se refieren, p. 87, 90, 91, 92, 96.

por accion el derecho mismo de obrar, y no la forma; la forma en esta época no podia ser sino la de las acciones de la ley, pues no existia otra.

Aquí debo señalar algunos principios característicos de las acciones de la ley, que no son absolutamente ciertos sino bajo el régimen de estas acciones, y que frecuentemente se les generaliza demasiado aplicándolos áun á los sistemas de procedimiento que han seguido despues. Importa prevenir desde luégo esta confusion.

El procedimiento de las acciones de la ley era un procedimiento eminentemente quiritario; sólo los ciudadanos romanos podian figurar en él (1). En el segundo y en el tercer sistema de procedimiento no es ya aplicable la misma regla (2). Yo estoy convencido de que la extension de relaciones con los peregrinos, y la necesidad de aplicar la justicia á los negocios en que tenian parte, han dado orígen y desarrollo á los primeros gérmenes del segundo sistema del procedimiento, del procedimiento formulario.

En el procedimiento de las acciones de la ley domina el principio de que ninguno puede proceder por medio de representante: «*Nemo alieno nomine lege agere potest*» (3). Cada uno debe, por su propia persona y por su cuenta, observar el ritual y pronunciar las palabras sacramentales. Sólo hay algunas raras excepciones, introducidas sucesivamente, primero para el pueblo (*pro populo*), en las acciones populares que á todos correspondian; para la libertad (*libertatis causa*), en las reclamaciones de libertad en favor del que se hallaba retenido en servidumbre, y despues para otros très casos ménos generales ú ocurridos con posterioridad. Bajo el sistema formulario se huyó completamente de este principio (4), y ya no se habla de él bajo el tercero.

En las acciones de la ley los actos y las palabras prescritas for-

---

(1) En el número de los derechos comunicados á los latinos se hallaba el de proceder por accion de la ley (*lege agere*). Véase á CICERON, *Pro Cæcina*, c. 35.

(2) Gay. Com. 4. § 37.

(3) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 123. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 4. § 82. «*Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno*: alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim *quo tempore erant* legis actiones, in usu fuisset alterius nomine agere non licere; *nisi* populo *et libertatis causa*.»—Las Institutas de Justiniano (4. 10. pr.) añaden otras dos excepciones, *Pro tutela* y *ex lege Hostilia*, en ciertos casos de robo. Ciceron nos indica un quinto caso con motivo de la accion *repetundarum*, que podia intentarse por un ciudadano para un peregrino (CICER. *In Cæcil.* c. 4. 16 y 20.—LEX SERVILIA, c. 4 y 5.)—En fin, puede observarse que el *vindex*, que toma la causa de la persona accionada y se obliga á pagar por ella, es admitido á intervenir por otro en la accion de la ley (*Historia del derecho*, tabla 1, § 4, p. 31, y tabla 3, § 3, p. 33).

man una especie de rito, de tal modo sacramental, que si varía una sola de estas palabras, si, por ejemplo, el que procede por viñas cortadas usa en su accion de la palabra viñas (*vites*) en vez de la palabra genérica (*arbores*), usada en las Doce Tablas, el negocio es perdido (1). No sucede lo mismo en el procedimiento formulario, en el cual se ha tenido por objeto especial evitar este formalismo rigoroso (2); ni con mayor razon en el tercer sistema.

En fin, la máxima de que la accion, una vez introducida y rechazada por una causa cualquiera, como, por ejemplo, por un vicio de forma, se extingue de pleno derecho, definitivamente usada, y no puede ya reproducirse, esta máxima no es de una verdad absoluta sino en las acciones de la ley. No se ha conservado bajo el sistema formulario sino en ciertas especies de instancias, y en realidad desaparece en el tercer sistema (3).

Por lo contrario, sería un error aplicar á las acciones de la ley el principio de que todas las condenas son pecuniarias, es decir, que el juez, cualquiera que sea la cosa que se pida, no puede nunca condenar á la parte vencida en juicio sino al pago de una suma de dinero. Este principio sólo es verdadero en el procedimiento formulario. No existe bajo las acciones de la ley, cuyo resultado es hacer que obtenga, aquel cuyo derecho es reconocido, el objeto mismo de su derecho, á ménos de que haya imposibilidad (4). El principio es igualmente extraño al procedimiento extraordinario, á no considerar más que la naturaleza propia y originaria de este procedimiento. Así se extingue bajo este tercer sistema de procedimiento, sin que pueda marcarse con precision la época de su desaparicion (5).

Establecidas estas premisas, ocupémonos desde luégo del primer

---

(1) Gay. Com. 4. § 11.

(2) Ibid. § 30.

(3) Ibid. § 108 : « Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat. »

(4) Gay. Com. 4. § 48. : « Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque..... judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat (*sed*) æstimata re pecuniam eum condemnat. »

(5) La regla de que la sentencia del juez es, ya de una suma de dinero, ya de la cosa misma reclamada, se halla establecida en la Instituta de Justiniano. 4. 6. § 32 : « Curare autem debet judex ut..... certæ pecuniæ *vel rei* sententiam ferat. »—Y en el Código de Justiniano, 7. 4. *De fideic. libert.* 17, nos prueba una constitucion de Justino que en esta época era un derecho constante y sancionado ya por un largo trascurso de tiempo, pues no cree el Emperador que en tal caso haya ningun juez tan estúpido que sustituya una condena pecuniaria al objeto mismo de la demanda.

objeto que debe considerarse: ¿Cuál es el poder que se trata de que obre por medio de las acciones de la ley? En otros términos: ¿cuál es la organizacion de las jurisdicciones y de los diversos poderes que concurren al ejercicio de la autoridad judicial bajo el imperio de estas acciones? A los conocimientos generales que acerca de este objeto hemos ya dado (principalmente en la *General. del der. rom.*, pág. 100 y siguientes), añadamos todavía algunas particularidades.

*Organizacion del poder jurídico y judicial bajo el régimen de las acciones de la ley.*

La primera cuestion que aquí se presenta es la de saber si desde su orígen, en el sistema de las acciones de la ley, se ha establecido la separacion profunda y característica que ya hemos marcado (*General. del der. rom.*, pág. 100 y sig.) entre el *jus* y el *judicium*, el *magistratus* y el *judex*, el poder público de jurisdiccion y la atribucion particular de estatuir acerca de una causa dada. En otros términos, si desde el principio el magistrado público, revestido de la jurisdiccion, despues que el rito de la accion de la ley se hubiese observado ante él, encomendaba el cuidado de decidir el litigio á un juez particular que daba á las partes para aquel negocio solamente, ó bien si él mismo lo juzgaba.

La existencia de esta separacion en una época determinada del sistema de las acciones de la ley es incontestable. Así las dos acciones de la ley *per judicis postulationem* y *per condictionem* consisten precisamente en la dacion de un juez. La cuestion queda, pues, reducida á la más antigua accion de la ley, á la accion *sacramenti*. Vemos en Gayo que áun en el *sacramentum* habia una ley llamada PINARIA, acerca de la cual no tenemos otras noticias sino de que habia establecido reglas relativas á la dacion del juez. Pero, primera duda: ¿esta ley PINARIA no habia hecho más que estatuir acerca del plazo dentro del cual debia darse el juez, ó habia introducido por primera vez el uso de la dacion del juez? (1). Segunda duda: ¿cuál es la data de esta ley?

---

(1) Véase el fragmento de GAYO describiendo las formas de la accion *sacramenti* (Com. 4. § 15). «Ad judicem accipiendum venirent, postea *verò* reversis dabatur..... XXX judex (el sentido es probablemente *die trigesimo*): *idque* per legem PINARIAM factum est; ante eam autem legem.....

Sea lo que quiera acerca de estos dos puntos, lo que hay de cierto es que la ley de las Doce Tablas, áun en los fragmentos que han llegado hasta nosotros, en su famosa fórmula SI IN JUS VOCAT, y en otros muchos (*Historia del der.*, tab. I, § 1, p. 80; tab. II, § 2, pág. 82; tab. III, § 2, p. 83; tab. VII, § 5, p. 91; tab. IX, § 3, p. 98; tab. XII, § 3, p. 101), descubre la huella irrecusable de la distincion formal entre el *jus* y el *judicium*, entre el magistrado y el juez ó árbitro, como una cosa no nueva, sino ya preexistente. Es, pues, indudable que esta distincion es de la mayor antigüedad en los orígenes del derecho romano, y que podria dudarse de ella cuando más respecto de los tiempos primitivos y casi fabulosos, acerca de los cuales carecemos de toda especie de documentos. Y áun respecto de aquellos primitivos tiempos, estoy inclinado á creer que el magistrado, el *rex*, ha podido, segun el caso, como evidentemente se ha practicado despues, ó terminar él mismo el negocio por su autoridad, ó encomendarlo á un juez. Así podria aplicarse el dicho de los historiadores, que presentan al rey administrando él mismo justicia en todas sus partes (1).

Esto supuesto, veamos cuáles han sido los magistrados, y cuáles los jueces, en los tiempos de las acciones de la ley.

En el derecho romano se caracteriza el oficio del magistrado, diciendo que tiene la *jurisdictio* y el *imperium*. — La *jurisdictio*, esto es, la diccion, la declaracion del derecho, en todas las várias atribuciones que tiene: ya en general y para todos, como por la emision de edictos; ya entre particulares, en las causas privadas. Estas tres palabras, *do*, *dico*, *addico*, forman el resúmen de aquéllas (2). — El *imperium*, esto es, el poder de mando y de coaccion, el derecho de disponer de la fuerza pública para hacer ejecu-

---

dabatur judex. » Esta desgraciada laguna de una sola palabra deja la idea indecisa. ¿Se la habrá de llenar, con M. HEFFTER, con la palabra *nondum?* El sentido será de que ántes de la ley PINARIA no se daba todavía juez en la accion *sacramenti*. ¿Se la habrá de llenar, con M. BUTTMANN, con la palabra *confestim*, ó con la palabra *statim*, segun M. HOLLWEG, á cuya opinion se adhiere M. BLONDEAU? El sentido era que ántes de la ley PINARIA el juez era dado inmediatamente, sin esperar al trigésimo dia.

(1) CICERON, en su tratado *De República*, V. 2, dice terminantemente, hablando de la época de los reyes: « .....Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis. » — Dice en su tratado de las leyes, III, 3, hablando del pretor: « Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto. » — Véase tambien á Dionisio de Halicarnaso, pág 543, nota 1.ª

(2) VARRO. *De ling. latin.* V. 4. — MACROB, *Sat.* I. 16. — OVID. *Fast.*, I, vers. 47. — *Do*, dar una accion, una posesion de bienes; *dico*, decir derecho, emitir edictos, interdictos; *addico*, atribuir, por diccion del derecho, una propiedad, un juez á las partes. — Véase esta última expresion en las Doce Tablas, *Historia del Derecho*, tab. I. § 7. pág. 81.

tar sus órdenes. La *jurisdictio*, propiamente dicha, va acompañada de un cierto *imperium*, y hay un gran número de actos que participan á un mismo tiempo de uno y de otra. El poder, inherente á la jurisdiccion civil, se llama *imperium mixtum*, en oposicion al *merum imperium*, ó derecho de espada contra los delincuentes, que se halla tambien unido á la *cognitio* en materia criminal (1). — Bien que este análisis y estas diversas distinciones no hayan sido desenvueltas por los jurisconsultos romanos sino con posterioridad, á medida que se formaba la ciencia del derecho, su fondo existia ya bajo el régimen de las acciones de la ley. Así en el litigio tiene cumplimiento ante el magistrado (*in jure*) el rito de las acciones de la ley; él es quien da juez á las partes, y quien le da su atribucion; quien manda y dispone de los medios de coaccion, y á quien es preciso volver para la ejecucion de la sentencia.

En los tiempos antiguos del derecho, en la época eminentemente patricia y sacerdotal, el colegio de los pontífices ha representado un papel importante en las acciones de la ley, lo que no se nos ha explicado bien. Su influencia aparece de un modo evidente, ya en la antigua accion del *sacramentum*, ya en la *pignoris capio* (*Generalizacion del der. rom.*, p. 105). Lo mismo nos dice Pomponio respecto de los tiempos posteriores á las Doce Tablas: « *Et actiones apud collegium pontificum erant* » (2). Sabemos que los pontífices habian compuesto el ritual de las acciones de la ley, que redactaban las palabras sacramentales para los diversos casos de su aplicacion, que eran los depositarios é intérpretes de ellas, y los que, en fin, por medio de la fijacion de los dias fastos y nefastos, determinaban cuándo cada cual podria ó no proceder en derecho: á ellos fué á quienes más tarde se arrebató este secreto (*Hist. del derecho*, núms. 28 y 38, p. 121 y 145). ¿Pero la expresion de Pomponio no dice más que esto? Tomándola en el sentido autorizado, la locucion *actio apud eum est* pareceria significar que la

---

(1) Ulpiano se expresa de esta manera acerca de la *jurisdictio* y del *imperium*: « Jus dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare. » DIG. 2. 1. *De jurisdict.* 1. f. Ulp. — « Imperium aut merum aut mixtum est. Merum imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *potestas* appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. » Ibid. 3. f. Ulp.

(2) « Omnium tamen horum (Leg. Duod. Tab.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant: ex quibus constituebatur quis quoquo anno præsset privatis. » DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 6. f. Pomp.

accion de la ley debia tener cumplimiento ante el colegio de los pontífices, ó al ménos ante aquel que, segun las palabras del mismo Pomponio, era elegido entre los pontífices para presidir durante un año en los negocios privados (*qui præesset privatis*); es decir, que el colegio tenía la jurisdiccion, al ménos por medio de su delegado: esto ha podido ser cierto en los primitivos tiempos.

Sin embargo, segun dicen los historiadores, desde el momento que se hace mencion del rey, se representa á éste como el magistrado encargado de la *jurisdictio* y del *imperium*. Es cierto que el rey no es más que el primer pontífice, el director elegido por la casta patricia (1). — Despues vienen los dos cónsules (año 245 de Roma) (2). — En seguida el pretor, con el cargo expreso de la jurisdiccion y del *imperium* á ella inherente (año 387 de Roma) (3). — Y en fin, desde la misma época, los dos ediles curules, revestidos de una jurisdiccion especial; en materia de ventas hechas en el mercado público, principalmente la venta de esclavos y animales; en materia de pesos y medidas, y otros objetos semejantes (4). — En cuanto al pretor peregrino, fué creado en un tiempo en que el sistema de las acciones de la ley era todavía el único existente (año 507). Pero se mantiene extraño á ellas, miéntras que sólo ejerce su jurisdiccion respecto de los peregrinos, porque el procedimiento eminentemente quiritario de las acciones de la ley no podia comunicarse á éstos. Así se vió obligado á crear otro para su uso, que en muchos puntos se asemeja al de las acciones de la ley, simplificándolo y acomodándolo á la naturaleza más

---

(1) Dionisio de Halic. II. 14. « Ac regis quidem hæc munia eximia esse jussit: primum, ut sacrorum et sacrificiorum principatum haberet, et omnes res divinæ ac piæ per eum agerentur; deinde ut legum ac morum patriorum custos esset, et omnis juris naturalis et ex communi hominum consensu pactoque scripti curam gereret. » — Y en otro lugar, X. 1: « Olim eorum reges jus petentibus constituebant, atque lites dirimebant: et quod ab illis fuisset judicatum, id vim legis habebat » (*traduc. del latin*). — Véase tambien en la página 541, nota 2.ª, el pasaje de Ciceron que en la misma nota se cita.

(2) Dionisio de Halic. X. 1. « Imperio a regibus ad annum consolum magistratum translato, inter cætera regia officia juris quoque cognitio iis tributa est: atque illi lites inter litigatores quacumque de causa ortas jure decidebant » (*trad. lat.*). — Cicer. *De legib.* III. 3. « Regio imperio duo sunto: iique præeundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules appellantur. » — Los magistrados accidentales, tales como los *Tribuni militum*, los dictadores, los decemviros, han tenido tambien jurisdiccion en las acciones de la ley.

(3) Dig. 1. 2. *De orig jur.* 2. § 27. fr. Pomp. « Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est ut prætor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. »

(4) Dig. 1. 2. *De orig. jur.* 2. §§ 26 y 34. f. Pomp. — 21. 1. *De ædilitio edicto.* 1. § 1. f. Ulpiano, y 63.

ámplia del derecho de gentes. De aquí debe nacer el segundo sistema de procedimiento, el sistema formulario (1).

Tales fueron en Roma las diversas magistraturas que presidieron á la jurisdiccion, bajo el imperio de las acciones de la ley. Pero en el curso de este período se establecen y progresan las colonias, los municipios, las ciudades y prefecturas (*Historia del derecho romano*, p. 105 y sig.). — El primer municipio, llamado Céres, se fundó en 365). — Y á fines de este período, cerca de sesenta años ántes de la supresion total de las acciones de la ley por la ley EBUCIA, fueron constituidas las provincias (*Historia del der. rom.*, p. 173). — La Sicilia fué la primera provincia establecida en 513). — En las colonias y municipios fueron los magistrados superiores: los duumviros ó cuatuorviros, á semejanza de los cónsules de Roma, y en las ciudades-prefecturas, el prefecto enviado de Roma, los que tuvieron la jurisdiccion en el territorio de la ciudad, y ante los cuales tenian cumplimiento las acciones de la ley. *Duumvir J. D.*, *Præfectus J. D.* (*Duumvir* ó *Præfectus Juri Dicundo*). Tal es la calificacion que se ha conservado en gran número de inscripciones, y que acredita su poder. — En las provincias, á donde Roma envió desde luégo pretores, nombrados especialmente para gobernarlas, era el pretor provincial que tenía la jurisdiccion; pero miéntras que la ejercia con los provinciales, súbditos peregrinos, no se trata de accion de la ley, pues estos súbditos no participaban del derecho quiritario. Todavía se introdujo para ellos el procedimiento imaginado en Roma por el pretor peregrino, el precedimiento formulario.

Despues de la indicacion de los magistrados, es preciso pasar á la de los jueces. Aunque estas dos palabras se usen una por otra, áun en los autores latinos, sin embargo, para el jurisconsulto en el lenguaje científico tienen una significacion diversa. La atribucion del juez principia despues que el rito de las acciones de la ley ha tenido cumplimiento ante el magistrado, y que se ha dado juez á las partes. Esta atribucion consiste en examinar el litigio y decidirlo por medio de una sentencia (2). Para la ejecucion de esta

(1) Véase sobre todas estas creaciones de magistrados nuestra *Historia del Derecho*, números 6, 20, 25, 31, 33, 34, 40; p. 33, 65, 69, 74, 128, 133 y 170.

(2) VARRO, *de ling. latin.* V. 7. «*Dico* originem habet græcam quod Græci δικάζω..... Hinc *dicare* hinc *judicare* quod tunc jus dicatur, hinc *judex* quod judicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit.

sentencia es preciso volver al magistrado. — En el primer período que nos ocupa hallamos dos especies de jueces: los unos son designados y constituidos por jueces para sólo aquel negocio, y pronunciada su sentencia se acaba su poder; los otros son constituidos en un colegio judicial permanente. Los primeros son: el juez único, *unus judex*, ó los árbitros, *arbitri;* los segundos son los centumviros y decemviros.

La ley de las Doce Tablas hace ya mencion del juez y del árbitro: *judex arbiterve* (*Historia del der.*, tab. II, § 2, p. 82). Dispone la dacion de tres árbitros (*arbitros tres dato*) para algunas causas especiales, como, entre otras, para los litigios sobre límites, y para las relativas á la posesion (*Ib.*, tab. VII, § 5, y XII, § 3, pág. 91 y 101).—No ha habido, entre el juez y árbitro, al ménos en adelante, una diferencia de tal modo marcada, que se haya radicalmente separado uno de otro; porque Ciceron se admira con ironía de que tantos hombres ingeniosos no hayan podido, despues de muchos años, decidir si se debe decir *judex* ó *arbiter* (1). La confusion viene en mucha parte de que la palabra *judex* es el título genérico que puede aplicarse áun al árbitro, no siendo éste más que una especie de juez. Así la segunda accion de ley sólo tiene el nombre de *judicis postulatio*, aunque tambien se pide en ella la dacion de un árbitro; de la misma manera, con posterioridad, se hizo en el sistema formulario la constitucion del juez en estos términos: *judex esto;* y nunca en éstos, *arbiter esto*, aunque se tratase de un árbitro. Tomada en su sentido especial la palabra *judex*, parece la expresion propia para las causas rigurosamente determinadas en sus consecuencias por el derecho civil: miéntras que la de *arbiter* parece reservada para las causas que exigen en el juez el conocimiento de cierto arte, ó que no hallándose estrictamente determinadas en sus resultados, admiten cierta latitud en su apreciacion (2).—El juez siempre es único (*unus judex*) (3); el *arbiter* tambien, comunmente; sin embargo, vemos por las mis-

(1) CICER. *Pro Murena*. XII. «Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum..... judicem an arbitrum..... dici oporteret.»

(2) FESTUS «*Arbiter* dicitur judex qui totius rei habeat arbitrium et facultatem.»—CICERON, *pro Rosc. comœd.* c. 4, ha trazado entre el *judicium* y el *arbitrium* un paralelo bien conocido, pero que se refiere más especialmente al sistema del procedimiento formulario. Es indudable, sin embargo, que el fondo de la distincion es el mismo bajo el régimen de las acciones de la ley.

(3) Gay. Com. 4. §§ 104, 105 y 109, etc.

mas Doce Tablas que puede haber hasta tres (1). El *judex*, durante todo el reinado de las acciones de la ley, se tomaba únicamente de la clase de los senadores (*ordo senatorius*); el poder judicial, bajo este régimen, se halla en el monopolio de la clase patricia; y sólo en tiempo de los Gracos (año 632), más de cincuenta años despues de la supresion de las acciones de la ley, comenzaron á ser admitidos los caballeros (*Historia del der.*, número 52, pág. 201). En cuanto á los árbitros, es dudoso que sucediese lo mismo, pudiendo conjeturarse que exigiendo frecuentemente su ministerio el conocimiento de cierto arte, debia dejarse mayor latitud á la eleccion de las partes. Yo no lo creo, sin embargo, y opino que han estado tambien durante toda esta época limitados exclusivamente á la clase senatoria (2).—Pero quedando en esta clase, las partes tienen el derecho de elegir el juez (*judicem sumere*); ó por lo ménos recusar sin causa al que se les proponga (*judicem recusare, ejerare, rejicere*), si no quiere aceptarle. Así la ciudad nombra al magistrado, las partes eligen su juez (*General. del der. rom.*, p. 136). Nuestros antepasados quisieron, dice Ciceron, que de cualquier interes que se tratase, por mezquino que fuese, no hubiese otro juez que el que las partes entre sí conviniesen (3): ya le proponga el demandante conforme al uso más comun (*judicem ferre*), y que el demandado acepte; ya que la proposicion venga del demandado, ya venga del magistrado. En caso de desacuerdo constante sobre las propuestas, puede conjeturarse que se recurria á la suerte (4); ó bien que se procedia por vía de eliminacion, estando obligadas las partes á elegir entre cierto número presentado por el magistrado, recusando indirecta-

(1) Número reducido más tarde á uno solo para todos los casos. CICERON, *De legib.* I. 21. Véase *Historia del derecho*, p. 91, nota 4.

(2) Si hubiese habido entre el *judex* y el *arbiter* esta diferencia tan marcada, que el uno debiese tomarse por fuerza de las listas judiciales anuales, y que el otro pudiese escogerse fuera de ellas, ¿cómo se les habia de haber confundido de este modo en tiempo de Ciceron?

PLAUTO, *Rudens*, act. 3, escena 4, vers. 7 y 5.

«Ergo dato
De senatu Cyrenesi quemvis opulentem arbitrum.»

Es preciso no confundir estos árbitros con los árbitros puramente voluntarios que las partes son siempre libres de darse por compromiso y de tomarlos de donde les parezca.

(3) CICER. *Pro Cluentio* c. 43. «Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.»

(4) PLIN., *Hist. nat.* præf. «Plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat.»—Argum. de CICER. *In Verr.* III. 13 y 14.

mente todos los que ellas no quisiesen (1). Una vez aceptado el juez, el magistrado se le daba á las partes (*judicem addicere*). Y esto, no teniendo excusa legítima, no podia rehusarse, porque este oficio es un cargo público (2).

El colegio de los centumviros, al cual pertenecen los decemviros, ya lo hemos dicho, fué una notable emancipacion del monopolio judicial de los patricios; ya sea que su creacion deba atribuirse á la reaccion de Servio Tulio contra la aristocracia de casta, ó sea que no tuviese lugar hasta más tarde, á medida que los plebeyos progresaban políticamente, lo cierto es que es una institucion democrática. Los centumviros se eligen todos los años é indistintamente en cada tribu: la plebe llega á la autoridad judicial; el colegio es permanente, su personal es electivo y anual. Tribunal eminentemente quiritario, en cuya presencia se planta la lanza (*hasta*), símbolo de la propiedad romana. Su competencia se extiende á estos tres puntos: cuestiones de estado, cuestiones de dominio *ex jure Quiritium* y sus desmembramientos, cuestiones de sucesiones testamentarias ó *abintestato:* de modo que miéntras se conservó en vigor y en su competencia exclusiva, no quedó al juez y á los árbitros más que las cuestiones de obligaciones y de posesion. El colegio de los centumviros no conocia otro procedimiento que el de las acciones de la ley, y la única de estas acciones que se le puede aplicar es la accion *sacramenti*, pues que en las otras dos se trata de la dacion de un juez. Cuando el rito de la accion se ha cumplido ante el magistrado, se remite á las partes para el juicio de los centumviros, de donde vuelve en seguida el magistrado para la ejecucion. El carácter y la importancia política del colegio centumviral, sobre todo su popularidad plebeya, introdujeron en la historia del procedimiento este fenómeno singular, que cuando el sistema de las acciones de la ley cayó bajo la animadversion pública, hácia fines del siglo VI de Roma, el tribunal centumviral salvó una buena parte de ellas. En efecto, demasiado bien fundado en las instituciones de la república para caer, ha quedado este tribunal; y como no permitia otro procedimiento que el de las acciones de la ley, es decir, de la accion *sacramenti*, ha perpetuado así, áun en su decadencia posterior y progresiva, casi

---

(1) Argum. de CICER. *In Verr.* II. 31; III. 2.

(2) Dig. 5. 1. *De judic.* 78. fr. Paul. «Judicare munus publicum est.»—50. 5. *De vacat. et excus. num.* 13. § 2. fr. Ulp. «Qui non habet vacationem, etiam invitus judicare cogitur.»

hasta el bajo imperio, en medio de los nuevos procedimientos, el uso de esta accion de la ley, y es el que ha conservado sus vestigios hasta en la práctica de la época imperial (1).

En cuanto á los recuperadores (*recuperatores*), creemos introducida ya esta institucion bajo el reinado de las acciones de la ley (2); pero la juzgamos extraña al régimen de estas acciones, á quien viene á batir en brecha. Es una de estas instituciones introducidas por las relaciones con los extranjeros, y cuya introduccion, dimanada del derecho de gentes, existe en el derecho civil. Es un menoscabo, no sólo del monopolio judicial de los patricios, sino de los principios mismos del derecho quiritario. Nosotros enlazamos la jurisdiccion del pretor extranjero á la regularizacion del empleo de los recuperadores, á los cuales recurrian los mismos ciudadanos, y en ellos encontramos el orígen del segundo sistema de proceder.

En suma, en el procedimiento de las acciones de la ley, despues del cumplimiento de la accion, cuando el magistrado no termina por sí mismo el negocio, aquellos á quienes él remite el juicio son únicamente al principio los jueces ó los árbitros elegidos del órden de los senadores. Más tarde viene el colegio de los centumviros, al cual pertenecen los decemviros, y desde entónces las reglas de competencia entre estos diversos instrumentos judiciales me parece se pueden resumir así. La remision de las partes para ser juzgadas tiene lugar:

Ante el colegio centumviral, si se trata de cuestiones de estado, de propiedad, de derecho quiritario y de sucesiones;

Y ante un juez ó ante uno ó muchos árbitros si se trata de obligaciones ó de sucesion: el juez, más especialmente para las causas, cuyo resultado esté rigurosamente determinado por el derecho ci-

---

(1) No repito los detalles que ya he dado relativamente al colegio centumviral y á su division en cuatro consejos ó secciones (*concilia*, *tribunalia*, *hastæ*), ni los principios y las pruebas que he citado ya en mi *Historia del derecho romano*, núm. 36, p. 139.

(2) Ya en Plauto se habla de los recuperadores, es decir, hácia mediados del siglo VI de Roma, con posterioridad á la creacion del pretor extranjero, y algunos años, á mi parecer, ántes de la supresion de las acciones de la ley por la ley EBUCIA.

« Quem ad recuperatores modo damnavit Pleusidipus. »

(PLAUT. *Rudens*, act. 5, esc. 1, vers. 2.)

Sobre estas diversas especies de autoridades judiciales, jueces, árbitros, centumviros, recuperadores, véase lo que ya hemos dicho, *Historia del derecho romano*, núm. 35 y 36, p. 135 y siguientes.

vil; el árbitro, para las que consienten cierta latitud en su apreciacion ó que exigen el conocimiento de cierto arte.

Ya no nos resta más que decir algunas palabras sobre cada una de las acciones de la ley en particular.

### *Acciones de la ley para el pleito.*

#### *De la accion* sacramenti.

Es la más antigua de las acciones de la ley y la única existente al principio para decidir un proceso: es la verdadera accion de la ley primitiva y quiritaria; la que revela mejor el carácter pontifical y el simbolismo material de una época de barbarie. Las otras dos formas de proceder por accion de la ley, que han venido despues de ella, la *judicis postulatio* y la *condictio*, han sido, á decir verdad, el resultado de los esfuerzos hechos sucesivamente por los romanos para desembarazarse del *sacramentum;* un principio de desmoronamiento más bien que una extension del sistema primitivo; y á mi parecer, toda la historia del procedimiento romano se refiere á la historia de este trabajo de destruccion contra la accion *sacramenti;* la civilizacion en su marcha destruye el simbolismo grosero, le simplifica y le espiritualiza cada vez más.

Aunque la accion *sacramenti* sea la más antigua, la más material y á la que todas las innovaciones han venido á abrir brecha, sin embargo, es la que ha durado más tiempo, la que deja más vestigio en el derecho, y la más importante de estudiarse. En efecto, en el sistema de las acciones de la ley es el tipo, la institucion primaria y central; las otras dos no han sido más que dos satélites nacidos de sus costumbres y que han desaparecido ántes que ella, siendo la que conocemos más y mejor (1).

Antiguamente, cuando no existia más que la accion *sacramenti*, se empleaba para todos los procesos, ya de cualesquiera derechos reales, ya de obligaciones. Los procesos en materia de obligaciones los perdieron sucesivamente por la creacion de las otras dos acciones, y en su calidad de accion general es aplicable á toda

---

(1) El manuscrito de Gayo nos da los detalles de la accion *sacramenti*, salvo un vacío sensible, miéntras que lo concerniente á la *judicis postulatio* falta completamente, y la *condictio* á medias. GAY. Com. 4.

causa que no ha sido especialmente sometida á otra *legis actio* (1).

El *sacramentum*, hablando con propiedad, es una suma pecuniaria igual que se depositaba por ambas partes en manos de los pontífices, y se perdia por la parte que sucumbia, entrando en el tesoro del Estado (*ærarium*) para los sacrificios públicos (*sacra publica*) (2). La accion de la ley *sacramento* es la que se cumple por medio de este depósito : consiste en una provocacion á depositar y arriesgar esta suma, provocacion que las partes se hacen en términos consagrados, dirigiéndose alternativamente la palabra como se acostumbra en las acciones de la ley, lo cual constituye el fondo de todas las diferentes aplicaciones de la accion *sacramenti*. La ley de las Doce Tablas habia fijado el importe del *sacramentum* en la suma de quinientos ó de cincuenta ases, segun que el objeto de la contienda era de mil ases, de más ó ménos valor, cuidando, para no poner trabas á las reclamaciones de libertad, aplicarles el *sacramentum* menor, el de cincuenta ases (3). En lugar del depósito real, se admitió despues á las partes la garantía sola del pago por medio de fiadores que el pretor admitia; y estos fiadores son los que se llaman *prædes sacramenti* (4).

La decision del proceso consistia en decir que el *sacramentum* de tal ó cual de las partes era *justum*, y de aquí como consecuencia contra la otra parte, la adquisicion para el tesoro público de su *sacramentum* reputado injusto, y ademas la pérdida del objeto del litigio (5).

Tal es el fondo de la accion *sacramenti*, el cual se halla en todas

---

(1) Gay. Com. 4. § 13. «Sacramenti actio generalis erat; *de* quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de *his* sacramento agebatur.»

(2) FESTUS (*hoc verbo*) : «*Sacramentum* æs significat, quod pœnæ nomine penditur, sive ab eo qui interrogatur, sive ab eo cui contenditur..... sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur in rebus divinis.» — VARRO, *De ling. latin* IV. 36 : «Ea pecunia quæ in judicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus utrique quingenos ad pontem (pontifices) deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat.»

(3) Gay. Com. 4. § 14. Véanse tambien los pasajes de FESTO y de VARRON citados en la nota anterior. — Parece que en tiempo de Gayo, para los casos en que habia sobrevivido la accion *sacramento*, esta suma era todavia la misma; los ciento veinticinco sextercios de que habla GAYO, Com. 4. § 95, equivalentes, como hace notar Mr. Savigny, á quinientos ases.

(4) Gay. Com. 4. §§ 13 y 16.

(5) Así Ciceron nos refiere que defendiendo la libertad de una cierta aretina, se decidió, despues de examinar y deliberar acerca del asunto, que su *sacramentum* era *justum*. CICER. *Pro Cæcin.* 33. De donde se han sacado estas expresiones usadas : *sacramentum justum judicare; justo sacramento contendere; injustis sacramentis petere*. CICER. *Pro domo*. 29. *De orat.* I. 10. *Pro Milon.* 27. — Verémos que posteriormente sucedió lo mismo con la *sponsio*, que en el procedimiento formulario reemplazó al *sacramemtum*.

sus aplicaciones. En cuanto á los detalles sobre los ademanes que habian de ejecutarse y las palabras que debian pronunciarse, variaban segun los casos. Respecto á esto, la distincion principal y más marcada que se nos presenta es la que existia entre las reclamaciones de propiedad quiritaria ó de cualesquiera otros derechos reales, y la persecucion de obligaciones.

La accion *sacramenti* en materia de propiedad quiritaria ó de derechos reales cualesquiera debe estudiarse ante todas, por ser precisamente el punto que ofrece el carácter más simbólico y singular, el punto que se ha conservado, que ha sobrevivido por más tiempo, ya en realidad, ya como ficcion; el que ha dejado, en fin, más huellas en el derecho romano, y el que mejor conocemos. La aplicacion de la accion *sacramenti* á las persecuciones de obligaciones ha sido, por el contrario, de poca duracion, habiendo sido reemplazada pronto por las otras acciones de la ley, y no es ménos conocida.

1.° *De la accion* sacramenti *en las reclamaciones de propiedad quiritaria ó de cualesquiera derechos reales.* La pantomima en esta materia empieza por un simulacro de combate entre las partes por la cosa misma que está presente y que se disputan lanza en mano. Diríase que los primeros civilizadores se han esforzado en reducir á una simple representacion ficticia las realidades groseras de una época enteramente bárbara aún. Sobre este combate, ejecutado á su vista, el magistrado interpone su palabra, y manda que cese la lucha por una y otra parte. Entónces los dos adversarios, á quienes este combate ha constituido en una situacion enteramente igual, y entre los cuales no existe ya ni demandante ni demandado, se provocan mutuamente al *sacramentum*. Hecho esto, se trata de darles un juez. El magistrado decide segun lo que le parece bueno conforme las circunstancias, y mediante garantías para la restitucion, á quien quede la posesion interina de la cosa miéntras dure el pleito. En seguida las partes van ante el juez que se les ha dado: este juez es aquí el colegio de los centumviros desde el momento de su creacion. Constituido de este modo *possessor*, el litigante á quien se ha concedido la posesion interina de la cosa, el otro pasa ante el juez como demandante (*petitor*).

Éstas son las generalidades: hé aquí ahora los detalles, las fórmulas y las denominaciones técnicas.

Las partes son llevadas ante el magistrado (*in jure*), segun la

forma comun á todas las acciones. Parece que al principio, por preliminar, exponen libremente cada una sus fórmulas sacramentales, el objeto y la causa de sus pretensiones (1), y en seguida se procede al cumplimiento de la ley.

El combate simulado se compone de la *manuum consertio* y de la *vindicatio;* debia verificarse á presencia del objeto del litigio. Este objeto, si era semoviente y fácil de trasportar, debia ser llevado ó conducido al tribunal (*in jure*). Teniendo una de las partes en la mano una varita (*vindicta*, *festuca*), símbolo de la lanza, que era el atributo del dominio quiritario, asia con una mano el objeto de la contienda, por ejemplo, un esclavo, y colocando con la otra sobre él la *vindicta*, decia : EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. Su adversario hacía y decia lo mismo. Tales eran, hablando con propiedad, la *manuum consertio* y la *vindicatio*, expresiones que se toman frecuentemente, la una y la otra, por el todo de esta formalidad. Gayo nos habla áun más especialmente de la *manuum consertio*, que consiste más bien en la colocacion simultánea de las manos de ambos adversarios sobre la cosa litigada ; y á esta violencia jurídica y nominal la llama Aulo Gelio *in civiles et festucaria*, en contraposicion á la violencia belicosa de un combate real (2). Como se ve, hasta aquí el papel de los dos adversarios es igual : ó el primero ó el segundo, poco importa, hace igualmente la vindicacion de la cosa (*qui prior..... qui contra vindicat*). Del nombre de la varita (*vindicta*), que simula lanza (3), han venido : 1.º La palabra *vindicatio*, dada á esta formalidad, y en sentido figurado á todas las acciones reales en general ; 2.º, la

---

(1) Así resulta de las fórmulas siguientes, por las cuales, interpelándose alternativamente las partes, se refieren ca la una á lo que han dicho ya : «*Sicut dixi*, *jus peregi.*»

(2) AUL.-GEL., *Noct. antic.* XX. 10. «Manum conserere est de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager, sive quid aliud esset. cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare..... Idque Ennius significare volens, ait, non ut ad prætorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi belica et cruenta.» —VARRO. *De ling. lat.* V. 7 : «Sic conserere manum dicimur cum hoste.» — Se ve que Aulio Gelio comprende en el *manum conserere* áun el *verbis vindicare.* — Yo no comprendo bien que los dos adversarios debiesen, como juzgan algunos intérpretes, asirse las manos el uno al otro para fingir el combate. Gayo nada dice de esto, y las palabras del mismo Aulio Gelio, *correptio manus in re atque loco præsenti*, adi *conserendam manum in rem de qua ageretur..... vis festucaria*, *quæ verbo diceretur*, *non quæ manu fieret*, muestran que la aprehension simultánea de la cosa, la posicion de la *vindicta*, y las palabras que la acompañan, constituyen la *manum consertio*, la *vis festucaria* de que habla.

(3) ¿La palabra *vindicta* no procede tambien de *indicare*, *indicta*?

palabra *vindicia ó vindiciæ*, que indica tambien en su acepcion primitiva la misma formalidad : despues en sentido figurado la cosa misma, que es vindicada, ó el fragmento representativo de esta cosa, que es llevado *in jure;* luégo tambien por extension la posesion interina de esta cosa, y en fin, los frutos percibidos durante dicha posesion (1). De la *manuum consertio* y de la colocacion de las manos sobre la cosa en litigio (*manu asserere*) se deriva la palabra de *assertor*, aplicada especialmente al que vindica la libertad de un hombre (*assertor libertatis*) (2).

Mas si la cosa litigiosa era de tal naturaleza que no podia ser llevada *in jure*, el procedimiento debia necesariamente sufrir algunas modificaciones. Al principio el magistrado se trasladaba al sitio mismo con las partes, y allí se hacian la *manuum consertio* y la *vindicatio*. Sin embargo, para estos objetos, sobre todo para los edificios y los fundos de tierra, tomaba un carácter particular la *manuum consertio*. No pudiendo los inmuebles agarrarse con la mano, el combate entre los dos adversarios consistia en que el uno expulsase al otro y le llevase así por violencia al magistrado presente, ante el cual hacía entónces cada uno la *vindicatio*. Este acto de fuerza de uno de los litigantes era lo que se llamaba la *deductio* (3). No era de importancia para los contendientes desempeñar

---

(1) AUL.-GEL., *Noct. attic.* XX. 10 : « Vindicia, id est correptio manus in re atque loco præsenti.» — FESTUS : *Vindiciæ* appellantur res eæ de quibus controversia..... de quo verbo Cincius sic ait: Vindiciæ olim dicebatur illæ (res) quæ ex fundo sumptæ in jus adlatæ erant. »

(2) FESTUS : « *Sertorem* quidam dictum putant a prendendo, quia cum cuiquam adserat manum, educendi ejus gratia et servitute in libertatem, vocatur adsertor.»

(3) Así se explica la necesidad de la *deductio* para los inmuebles y para todos los objetos no portátiles. Es otra forma de combate, porque la lucha para estos objetos no consiste en asirlos, sino en expulsar de ellos el uno al otro. — WALTER da por motivo á esta *deductio*, que no estando el pretor en el sitio del combate simulado para imponer la paz, se dice que continuaba la violencia hasta su tribunal, donde era arrastrado uno de los adversarios. (Véase la traduccion de M. LABOULAYE, cap. III, p. 26.) — En este sistema la *deductio* no hubiera sido ideada ni practicada sino en la época en que el pretor dejó de trasladarse al sitio con las partes.—BACHOFEN (*De romanorum judicis civilibus*, Goting, 1841, pág. 76) atribuye la *deductio* á la necesidad de que las partes se constituyesen en igual situacion. En su consecuencia, para los inmuebles, como habia un poseedor, era preciso que fuese echado con violencia y llevado ante el juez (*in jure*). Segun esta opinion, la diferencia consistiria, no en los objetos trasportables y los no trasportables, sino entre los muebles y los inmuebles. El autor invoca en su apoyo por analogía la diferencia entre los muebles y los inmuebles en los interdictos *utrubi* y *uti possidetis*. En este sistema deberia siempre ser *deducido* el poseedor, y no una ú otra parte indiferentemente, como vemos en los principios. Por lo demas, cualquiera que sea la explicacion que se dé á las causas de la *deductio*, no se está generalmente acorde en la definicion de esta formalidad. Y no podria admitir como exacta la noticia emitida por M. BONJEAN (tomo I, pág. 384), que llama *deductio* la traslacion misma de las partes, con el pretor ó sin él, al lugar del combate litigioso. Esta noticia está reproducida textualmente del tratado de ZIMMERN, § 41; pero hay en ZIMMERN sobre este punto alguna oscuridad y una contradiccion palpable, pues al fin el § 39 explica con bastante exactitud lo que es la *deductio*.

un papel más bien que el otro, no siendo estos actos más que violencias ficticias de un combate, que iba á hacer cesar el pretor y que dejaban indeciso el derecho (1). Pero con el tiempo, en consecuencia de la extension del territorio y de la multiplicacion de los negocios, habiéndose hecho impracticable la traslacion del juez, se estableció, dice Aulo Gelio, por consentimiento tácito, contrario á las Doce Tablas, que las partes se provocasen mutuamente en el tribunal á trasladarse desde allí á los sitios ó lugares litigiosos, para verificar entre sí el combate, que es lo que se llama *ex jure manuum consertum vocare*. Con órden del pretor se trasladaban allí cada uno con sus testigos, *utriusque superstitibus præsentibus* (2); allí se simulaba el combate, y una de las partes era llevada *in jure* con una violencia fingida y de convencion, cuidando de llevar al mismo tiempo un fragmento que representase la cosa litigada; un terron del campo, una teja del edificio, un trozo de columna, una oveja, una cabra del rebaño y sólo una guedeja del vellon; y sobre este fragmento se verificaba la vindicacion á presencia del magistrado (3), y ésta era la *deductio quæ moribus fit* (4). En fin, se introdujo todavía una nueva simplificacion: las partes podian, áun ántes de comparecer en Roma ante el tribunal, para ahorrarse un doble viaje, trasladarse cada una en particular á los sitios litigiosos; desde allí, haciendo como por anticipacion la *deductio* convenida, y provistas del fragmento representativo de la cosa, llegaban *in jure* ante el pretor, y sin salir del tribunal se ejecutaba la ida y la vuelta al terreno litigioso por palabras y pantomimas ficticias. En este estado se hallaba el procedimiento en tiempo de Ciceron, y en este estado lo pone en ridículo en uno de sus arranques chistosos, en que nos ha trasmitido algunas de las palabras sacramentales que se pronunciaban (5). — En cuanto á Gayo, hay que notar que no habla ya de ningun modo de

---

(1) CICER. *Pro Tullio*, c. 20: «Ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur.»

(2) FESTUS: *Superstites* testes præsentes significat: cujus rei testimonium est, quod superstitibus, ii inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone: *Nunc præsentibus mihi licet quidvis loqui, nemo hic adest superstes.*

(3) AUL. GEL. *Noct. attic.* XX. 10.— Gay. Com. 4. § 17.

(4) CICER. *Pro Cæcin.* c. 1. 7. 8. 32.

(5) CICER. *Pro Murena*, c. 12: «Se podia muy bien proceder así: *Fundus Sabinus meus est.— Immo meus.* (El fundo Sabino es mio) — No, que es mio», y en seguida juzgar. Pero se han guardado bien de hacerlo así. *Fundus*, dice el uno, *qui est in agro qui Sabimus vocatur* (el fundo que se halla en el campo que se llama Sabino): Sobran palabras, prosigamos, ¿despues? *Eum ego ex jure quiritium meum esse aio.* (Digo que este fundo es mio, segun el derecho quiritario.) ¿Y despues? *Inde ibi ego te ex jure manum consertum voco.* (En consecuencia, yo desde aquí te cito al

la *deductio,* sino sólo de la conduccion de un fragmento que representase la cosa. ¿Deberá atribuirse este silencio á un completo desuso de la deduccion, ó sólo al vacío que en este pasaje hay en el manuscrito? (1).

Representado el combate de este modo por la *manuum consertio* y por la *vindicatio*, el pretor interponia su palabra y hacía cesar esta lucha diciendo, por ejemplo, si el objeto disputado era un esclavo : MITTITE AMBO HOMINEM (dejad ambos este hombre). Los dos adversarios le dejaban, y entónces se pasaba á la constitucion del *sacramentum*. El que habia vindicado el primero interrogaba así á su adversario : POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS (te pregunto si no dirás por qué motivo has vindicado); el otro respondia : JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI (ha finalizado el acto de mi derecho, segun la imposicion que he hecho de la vindicta); y reponia el primero : QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI (D. L.), ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO (como has vindicado sin derecho, te provoco por el *sacramentum*, de quinientos ó de cincuenta ases, segun el caso); SIMILITER EGO TE (y yo igualmente te provoco), replicaba éste.

Despues de esta constitucion del *sacramentum* se trataba de la dacion de juez ; pero ántes de darlo, el pretor concedia á una de las partes las *vindiciæ*, es decir, la posesion interina de la cosa vindicada, que es lo que se llama *vindicias secundum alterum dicere* (2). La palabra *vindiciæ* se toma aquí, segun las diversas acep-

---

combate.) Á toda esta palabreria de litigante ignoraba la respuesta aquel contra quien se pedia el fundo. Pero el mismo jurisconsulto pasa á él como un tocador de flauta latina, y le apunta esto: *Unde tu me, et jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.* (Puesto que me has citado, dice él, ante el tribunal al combate, te cito yo aquí igualmente.) Sobre esto, temiendo que el pretor no se creyese demasiado capaz y privilegiado, y que se le antojase decir por sí mismo alguna cosa, se ha compuesto tambien para él su canto sacramental, no ménos absurdo que los otros. Dice entónces á los litigantes : *Suis utrisque superstitibus, præsentibus, istam viam dico : inite viam!* (Á vosotros, acompañados de vuestros testigos, os mando tomar este camino : ¡id!) Pronto nuestro sabio estaba allí para enseñarles el camino. *Redite viam!* (¡Volved!) Y volvian, conducidos por el mismo guia. Eran cosas, creo, que debian parecer muy ridiculas áun á estos jurisconsultos de luenga barba, mandar á unos hombres que se fuesen del sitio en que estaban y donde debian permanecer, á fin de que, una vez idos, volviesen inmediatamente. Las otras fórmulas : *Quando te in jure conspicio;* y ésta, *Sed anne tu dicis quæ est causa cur vindicaveris?* no están ménos vacías de sentido..... etc.» — Para completar las ideas sobre la deduccion, examínese á Ciceron, *Pro Cæcina*, c. 1. 7. 8, y *Pro Tullio*, 16.

(1) Gay. Com. 4. § 17.

(2) Gay. Com. 4. § 16 : «Postea prætor secundum *alterum* eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat.» Véanse los fragmentos de las Doce Tablas. *Hist. del der. romano*, tab. 6. §§ 6 y 7, p. 89, y tab. 12. § 3, p. 101. — Cuando esta posesion interina se adjudicaba, no al poseedor actual, sino á su adversario, esto se llamaba, con referencia á este poseedor, *vindicias ab eo abdicere;* Dig. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 24. f. de Pomp.

ciones que acabamos de dar, por las mismas cosas vindicadas, y en un sentido más lato, por la posesion de estas cosas. Pero esta posesion no se concedia sino con la carga, por parte del que la obtenia, de dar á su adversario fiadores que garantizasen la restitucion de la cosa y los frutos, si, segun el éxito del proceso, debia tener lugar la restitucion. Estos fiadores, que no deben confundirse con los *prædes sacramenti* que recibia el pretor, son los que se llaman *prædes litis et vindiciarum*. La palabra *vindiciæ*, segun lo que dijimos anteriormente, indica los frutos percibidos durante la posesion interina (1). El pretor no parece haberse sujetado al principio, para esta adjudicacion de la posesion interina, á las reglas establecidas más tarde en los interdictos posesorios del sistema formulario. Era libre de conceder esta posesion á cualquiera de las partes, segun las razones que tuviera por conveniente; por ejemplo: la apariencia de derecho mejor fundado ó más seguro, la mejor administracion, ó la posesion anterior, y otras razones semejantes. Sólo en las reclamaciones sobre libertad no era dueño de hacerlo. Aquí, fuesen las que quisiesen las demas consideraciones, la posesion interina, segun una disposicion formal de las Doce Tablas, debia darse siempre en favor de la libertad (2). De éstos es el famoso proceso de Virginia. Sabemos que las cuestiones sobre el estado (libertad, ciudad ó familia) son verdaderas cuestiones de derechos reales.

2.° *De la accion* sacramenti *en las persecuciones de obligaciones.* —Aquí no habia ni *vindicta* ni combate simulado, ni adjudicacion en la posesion interina (*vindiciæ*). Desde el principio existia un demandante y un demandado, debiendo las partes, al dirigirse alternativamente la palabra, segun la costumbre de las acciones de la ley, interpelarse sobre la obligacion que el demandante pretendia existir y que el demandado negaba; y en seguida provocarse recíprocamente por el *sacramentum;* despues venian las fórmulas relativas á la dacion del juez; pero nos es desconocida la serie de palabras sacramentales pronunciadas en todo este procedimiento: el manuscrito de Gayo se ha encontrado ilegible en este pasaje, y

---

(1) Gay. Com. 4. § 16: «Eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum.» — Lo mismo, § 91.—Simplemente *prædes litis vindiciarum*, § 94. — CICER. *In Verr. I.* 45.

(2) Véase la *Hist. del der. rom.*, fragmentos de las Doce Tablas, tab. 7. § 7, p. 89, con los textos en que se apoya.

las conjeturas hechas para su restablecimiento, segun algunos fragmentos de fórmulas y algunas indicaciones sueltas, no sirven más que para darnos una idea de lo que estas fórmulas podian ser, poco más ó ménos (1). Nosotros creemos que las palabras debian variar mucho segun la causa y el objeto de la obligacion, y que tuvieron mucho que hacer aquí los pontífices para redactar su formulario con prevision de los diversos casos, y al redactar en lo posible las fórmulas segun los términos de la ley (2). Aquí debian encontrarse tambien, como accesorias ó como preliminares para ciertos casos particulares, algunas formalidades especiales y simbólicas, tales como la de accion *furti lance licioque concepti*, que fueron suprimidas con las acciones de la ley por la ley ÆBUTIA, segun nos dice Aulo Gelio (3).

Despues de la ley PINARIA es cierto que áun en la accion *sacramenti* se daba un juez á las partes, no inmediatamente despues que hacian la demanda, sino despues de un plazo de treinta dias. Esto era comun al *sacramentum*, tanto en materia de derechos reales, como en materia de obligaciones (4). ¿La ley PINARIA habia solamente señalado este plazo de treinta dias, ó bien fué la que introdujo la dacion del juez? Es cuestion que ya hemos examinado.

La accion *sacramenti* fué la que en su aplicacion á los derechos reales duró por largo tiempo y sobrevivió á las otras acciones de la ley, y ella es tambien en su primera formalidad la *vindicatio*, que se encuentra usada ficticiamente en todas las variaciones de la *in jure cessio*, y que como tal desempeña un papel tan importante para la traslacion, para la constitucion de los derechos civiles. Por

---

(1) M. HEFFTER, por los indicios que se pueden comprender aún en el manuscrito de Gayo, segun algunos fragmentos de fórmulas recogidas en Ciceron, en las *notas* de Valerio Probo, y que pueden, con más ó ménos fundamento, referirse aquí, ha creido poder restablecer el diálogo sacramental :

El demandante : *Quando in jure te conspicio, postulo an fias auctor, qua de re meeum nexum fecisti ?*

(El demandado responde negativamente.)

El demandante : *Quando negas, sacramento* (D. L.) *te provoco*. (Suprimo un fragmento de fórmula que M. Heffter añade aquí, pero que no me ha parecido hallarse en su lugar.)

El demandado : *Quando ais neque negas me nexum fecisse tecum, qua de re agitur, similiter ego te sacramento* (D. L.) *provoco*. (La misma supresion.)

(2) Aquí, por ejemplo, puede referirse la anécdota contada por Gayo sobre el que pierde el pleito por haber dicho *vites* en lugar de *arbores*, al tratar de las viñas cortadas. Gay. Com. 4. § 11.

(3) Véase sobre este punto la *Hist. del der. rom.*, tab. 8. § 15 ; y en este tomo, p. 435, con los principios indicados en las notas de estos dos pasajes.

(4) Gay. Com. 4. §§ 15 y 16

el contrario, en cuanto á la aplicacion de la accion *sacramenti* para los casos de obligaciones, se limitó pronto y concluyó gradualmente por desaparecer casi totalmente, en consecuencia de la creacion sucesiva de las dos nuevas acciones de la ley que van á ser objeto de nuestro exámen.

### *De la accion* per judicis postulationem.

En la accion *sacramento* la sentencia del juez se limitaba á decidir que el *sacramentum* era *justum* ó *injustum;* y de aquí la consecuencia para el demandante que obtenia ó no obtenia el objeto demandado. Esto exigia que el demandante señalase formalmente por sí mismo este objeto, ya designando individualmente tal cuerpo, ya una cosa ó una cantidad determinada (*res certa*, *pecunia certa*). Esta determinacion se hacía, tanto en materia de derechos reales, como en materia de obligaciones, en las palabras sacramentales que las partes se dirigian alternativamente ántes de la provocacion del *sacramentum.* Sobre esto, ó todo ó nada; el *sacramentum* era *justum* ó *injustum:* no habia medio.

Los negocios que exigian cierta apreciacion no se adaptaban sino con graves inconvenientes á esta especie de procedimiento. El pleito se entablaba sobre la apreciacion hecha de antemano por el demandante. Éste, por haberse equivocado en más, y el demandado por sin razon no conformarse, por mínimo que fuese el punto de diferencia, perdian su *sacramentum:* y el demandante ademas perdia su accion. Habia tambien negocios que se resistian más todavía á este modo de proceder. Aquellos en que las partes tenian obligaciones recíprocas que era preciso tomar en consideracion, y que debian combinarse entre sí; lo mismo si habia que fijar límites entre vecinos, proceder á la particion entre los copropietarios; ó bien si la cosa, objeto de una reclamacion de propiedad, se retenia oculta, de donde nacia la imposibilidad de ejercer en ella la *vindicatio* hasta que fuese presentada. Era muy difícil obrar en todos estos casos por el procedimiento de *sacramentum.*

Patentes estas necesidades, se abrió la primera brecha á la generalidad de la accion primitiva, y se introdujo una nueva accion de la ley, más sencilla y despojada del estricto rigor del *sacramentum:* cumplida solamente la accion por medio de la demanda de

un juez, *actio per judicis postulationem.* La hoja en que Gayo trata de esta segunda accion se ha perdido, y el formulario nos es desconocido. Indudablemente las partes constituidas *in jure* debian dirigirse alternativamente la palabra en términos consagrados; el demandante, para declarar el objeto de la demanda é interpelar sobre ella á su adversario; éste, para responder á la interpelacion: despues de lo cual venía probablemente esta fórmula que hallamos en las notas de Valerio Probo, y que, segun todas las apariencias, era comun á toda demanda de juez, áun en las otras acciones: J. A. V. P. U. D. (*judicem arbitrumve postulo uti des*). Esta fórmula se dirigia al pretor por el demandante, y es conforme al carácter de las acciones de la ley creer que el demandado replicaba á su vez: *similiter ego judicem arbitrumve postulo uti des.* El juez dado en consecuencia de esta accion no tenía ya que juzgar una cuestion tan limitada como la de saber si el *sacramentum* de las partes era *justum* ó *injustum.* El modo mismo de proceder le dejaba más latitud en su mision; tenía que arreglar convenientemente el litigio, segun la diversidad de casos; en el sentido propio de la palabra era un árbitro.

Los casos en que se admite la accion *per judicis postulationem* en lugar del *sacramentum*, parece haber sido fijados uno á uno como por favor especial (1). Allí hallamos en los fragmentos de las Doce Tablas la huella del nombramiento de árbitros: para el arreglo de los límites entre vecinos (*finium regundorum*) (2); para la particion del patrimonio entre coherederos (*familiæ erciscundæ*) (3); para el perjuicio con que amenazan las aguas llovedizas (*arbiter aquæ pluviæ arcendæ*) (4); para la posesion interina de mala fe (*arbitri vindiciæ falsæ*) (5); y en fin, para la exhibicion de la cosa vindicable (*arbitrum ad exhibendum*) (6). De estas disposiciones de las Doble Tablas se saca la consecuencia que la ac-

---

(1) Arg. de Gay. Com. 4. § 13. — CICERON tratando de las acciones de buena fe: *De offic.* III. c. 17. inmediato c. 10.

(2) *Historia del derecho romano*, tab. VII. § 5, p. 91.

(3) *Historia del derecho romano*, tab. V, § 10. p. 87. — Dig. 10. 2. *Famil. ercis.* 43. f. de Ulp., y 52. § 2. f. de Julian, donde se halla: *arbiter familiæ erciscundæ.*

(4) *Historia del derecho romano*, t. VII. § 8, p. 92. — Cotéjese con las notas citadas en su apoyo bajo este fragmento. Dig. 3. 3. *De aq. pluv.* 23. § 2. f. de Paul., y 24. f. de Alfen.

(5) Ibid. tab. XII. § 3, p. 101.

(6) *Historia del derecho romano*, tab. VI, § 8, p. 90: indicio de esta disposicion de las Doce Tablas que prohibe la exhibicion de materiales empleados en los edificios ó para sostener las cepas, cuyo arbitrio *ad exhibendum* existia ya. Confer. Dig. 10. 4. *Ad exhibid.* 6. f. de Paul., y 3. § 13. f. de Ulp., donde se lee *arbitrum commissum.*

cion *per judicis postulationem* existia ya con anterioridad á estas tablas.

Un pasaje de Ciceron nos viene como testimonio positivo para probar que se ha aplicado especialmente á estas persecuciones de obligaciones en que el juez puede decidir *salva fide*, y que más tarde, en el sistema formulario, han sido llamadas acciones de buena fe. « *Præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus quæ salva fide facere possit* » (1). Lo peculiar de esta clase de negocios es que existen ordinariamente entre las partes obligaciones recíprocas que hay que tomar en cuenta y combinarlas todas entre sí. Así, el procedimiento del *sacramentum* reduce el negocio á la persecucion de una obligacion unilateral. Aquí colocaria yo de buena gana, como formando parte de las fórmulas de esta accion de la ley, y no de la accion *sacramenti*, estas palabras que nos refiere Ciceron, y que se dirigen por uno de los litigantes al otro : « *Ut ine propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* » (2). — En el número de negocios adjudicados á la accion *per judicis postulationem* están las concernientes á las tutelas, las fianzas, las ventas y compras, los arrendamientos, los mandatos, las sociedades, etc. : atribuciones distintas, que no tuvieron lugar sino sucesivamente, por efecto de la jurisprudencia progresiva (3).

Hay que añadir indudablemente á éstos los casos en que se trata de la persecucion de una obligacion de hacer (*facere*) ó de prestar sin transferir su propiedad (*præstare*) : porque aquí, no llenando el deudor su obligacion, hay una apreciacion que hacer. Lo mismo aquellos en que la cosa cuya propiedad querian reclamar, ó que pretendian se les debia, y habia desaparecido (4) ó perecido por

(1) CICER. *De offic.* III. 10. Aunque Ciceron escribe bajo el sistema formulario, este pasaje hace alusion evidentemente á la antigua *postulatio judicis*.

(2) CICER. *De offic.* III. 17. Aunque Ciceron escribe bajo el sistema formulario, este pasaje hace alusion evidentemente á la antigua *postulatio judicis*.

(3) CICER. *De offic.* III. 17. « Quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis *arbitriis*, in quibus adderetur: *ex fide bona*; fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutellis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis-venditis, conductis-locatis, quibus vitæ societas contineretur; in his magni esse judicis statuere, quid quemque quique præstare oporteret, etc. » — Indudablemente yo no creo que en el orígen del derecho quiritario el convenio únicamente haya podido formar los contratos de venta, de arrendamiento de mandato, de sociedad; pero cuando de hecho se había verificado la entrega, el principio de ejecucion ó la asociacion habian tenido lugar, podia muy bien haber obligaciones mutuas que arreglar; con el tiempo y la accesion de los principios del derecho de gentes, estos contratos fueron admitidos por el derecho civil romano como obligaciones derivadas del solo consentimiento.

(4) Arg. de Gay. Com. 4. §. 20, donde se ve que se obraba en ciertos casos *per judicis postulationem « de eo quod nobis dari oportet. »*

el dolo de nuestro adversario. Estos casos han debido tambien eliminarse de la accion *sacramenti* y calificarse entre los de *judicis postulatio*, porque no habia otro medio de vindicar ó de pedir la cosa como cuerpo cierto, como rigurosamente se practicaba en el *sacramentum:* y no quedaba tampoco más que una apreciacion que hacer.

Así los romanos empezaron pronto á sustraerse, en gran número de casos, á la antigua accion quiritaria del *sacramentum*. Esta accion fué sustituida gradualmente por la *judicis postulatio*. Sin embargo, áun tiene aplicacion en las cuestiones de estado, de propiedad quiritaria ó de sus desmembramientos, de sucesiones, y en las persecuciones de obligaciones de dar (*dare*) cosas ó cantidades determinadas: negocios todos que se adoptan á su naturaleza. Muchos siglos siguió en tal estado, hasta que una nueva y última accion de la ley vino á despojarle áun de todo lo que le restaba en materia de obligaciones. Esta accion fué la accion *per condictionem.*

### *De la accion* per condictionem.

La *condictio* en sí misma no es otra cosa que un anuncio, una denuncia hecha á alguno verbalmente. «*Condicere est dicendo denuntiare*», nos dice Festo (1). La accion de la ley *per condictionem* es la que se ejecuta por esta publicacion. Todo lo que sabemos de cierto sobre el rito que en esto se observaba, es que el demandante notificaba á su adversario que se hallase presente en el término de treinta dias para recibir un juez (2). La hoja del manuscrito de Gayo en que se hallaban los pormenores se ha perdido. Se ha puesto en duda si esta notificacion se hacía ante el magistrado (*in jure*), ó fuera del tribunal, las partes entre sí: para mí no hay cuestion: todas las acciones de la ley, á excepcion de la *pignoris capio*, se cumpliam *in jure;* y la expresion de Gayo, *ut adesset*, me parece indicar perfectamente que las partes se hallan en él en ese momento.

La ley Silia (por conjetura, año de Roma 510) fué la que in-

---

(1) Festo: «*Condicere* est dicendo denuntiare. *Condictio* in diem certum ejus rei quæ agitur denuntiatio.»

(2) Gay. Com. 4. § 18: «Et hæc quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset.»

trodujo esta nueva y última accion de la ley, sólo para las obligaciones de transferir en propiedad (*dare*), en cantidad determinada (*obligatio certæ pecuniæ*); y algunos años despues la ley CALPUNIA (por conjetura, año 520) la hizo extensiva á las obligaciones de toda cosa cierta (*de omni certa re*) (1). ¿Para qué esta nueva creacion, puesto que la accion *sacramenti* y la accion *per judicis postulationem* podian llenar el mismo objeto? se preguntaba ya en tiempo de Gayo (2).

Se descubre en esto una continuacion del fenómeno histórico que se estaba verificando : la destruccion gradual de la antigua accion de la ley *per sacramentum*. Ya, tiempos atras, la habia ido sucesivamente despojando la accion *per judicis postulationem*, en materia de obligaciones, de los diferentes arbitrios instituidos por la ley de las Doce Tablas ó por la jurisprudencia posterior de las obligaciones *ex bona fide*, que presentaban comunmente un empeño recíproco entre partes de las obligaciones de hacer ó de prestar (*facere aut præstare*), áun de las obligaciones de transferir en propiedad (*dare*) cuando se trataba de cosa indeterminada, ó cuando la cosa cierta habia sido fraudulentamente quitada ó destruida. No le quedaban más que las acciones de dar (*dare*) cosas ciertas. Las leyes SILIA y CALPURNIA vienen todavía á arrebatárselas : al principio sólo para las cantidades en dinero (*pecunia*), y en seguida para todas las demas. Desde entónces su esfera está reducida á los derechos reales, y ya no se usa para las obligaciones.

Es preciso penetrarse bien del carácter de estas obligaciones de dar, cuya accion *per condictionem* despoja en el último lugar al *sacramentum*. Y desde luégo de la obligacion *certæ pecuniæ*.—Debiendo considerar, más bien que el objeto debido, la naturaleza y la causa de la obligacion. En la venta, por ejemplo, el vendedor que reclame el precio convenido, pide tambien una suma determinada; pero hay muchas consideraciones que tener en cuenta : es preciso examinar sus compromisos; ¿los ha cubierto todos? ¿hay balance que hacer? Aquí, por el contrario, se trata de obligacion unilateral, de trasladar en propiedad al demandante una cantidad rigurosamente precisa; todo está resuelto : es la suma *data*, *stipu-*

---

(1) Gay. Com. 4. § 19 : «*Hæc* autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re.»

(2) Gay. Com. 4. § 20 : «Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento, aut per judicis postulationem agere, valde quæritur.»

*lata aüt expensilata*, de que habla Ciceron, es decir, una obligacion como las que dan orígen al *mutuum*, la estipulacion, la expensilacion en los registros domésticos, ó las causas que obran del mismo modo, por ejemplo, el legado. Quizá áun la expresion *pecunia* no debe limitarse aquí á las cantidades de dinero; quizá, como en otros muchos casos, hay que entenderla de toda cosa que pueda ser objeto de un *mutuum*, de todo lo que *quæ pondere, numero, mensurave ·constat*. El derecho romano desde el principio ha clasificado aparte esta especie de obligacion (*pecuniæ creditæ*), y especialmente las de dinero (*æris*). Por todas partes, áun en las Doce Tablas, se encuentra la huella de esta distincion (1). Estas obligaciones tienen de particular que no sólo son estrictamente determinadas, sino que ni áun pueden cesar de serlo, porque no pereciendo las cantidades, su objeto siempre es el mismo. La obligacion de transferir en propiedad cualquiera otra *res certa* es ménos precisa; si es una cosa de género, por ejemplo, un caballo, no se ve rigurosamente su valor; y áun si es un cuerpo cierto, individualmente designado, por ejemplo, tal caballo, que llega á desaparecer ó perecer por efecto de dolo y que es preciso recurrir á una apreciacion.—En suma, reuniendo las disposiciones de la ley SILIA y las de la ley CALPURNIA, se conoce que es preciso entender por *res certæ* lo que ya hemos explicado: « *Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit* » (2). Estas especies de obligaciones se adaptaban perfectamente á la naturaleza de la accion *sacramenti*. El demandante señalaba rigurosamente el objeto de su demanda, y el juez no tenía más que declarar su *sacramentum* justo ó injusto: no habia medio. Si, pues, la ley SILIA y la ley CALPURNIA vienen á quitárselas, es que se quiere concluir en materia de obligaciones con el *sacramentum*, con esta consignacion de orígen pontificio en provecho del tesoro público y con sus antiguas formalidades. Y se procede, como se ha hecho hasta ahora, gradualmente. La ley SILIA crea la nueva accion de la ley, y no obtiene por ella de la accion *sacramenti* más que las

---

(1) *Historia del derecho ramano*, tab. III. § 1. « *Æris confessi*, rebusque jure judicatis.... »—AUL. GEL. *Noct. attic.*: « Hanc autem fidem majores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in *pecuniæ matuatitiæ* usu atque commercio. »—*Lex* RUBRIA *Galliæ cisalpinæ*, c. 21 et 22.—*Lex* 1. *Tabul. Heracl.*, lin. 44.—CICER. *Pro Rosc.*, c. 4.—GAY. Comm. 3. § 124, donde se ve la definicion de la expresion *pecunia credita*, y la extension de la palabra *pecunia* á toda cosa de cantidad.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 74. f. Gay.

obligaciones precisas que ofrecen el caso más sencillo, en que todo esté irrevocablemente decidido, las obligaciones *certæ pecuniæ*. La ley CALPURNIA algunos años despues declara exentas las obligaciones de toda cosa incierta (*de omni certa re*), es decir, todo lo que le queda en esta materia á la accion *sacramenti*. Así esta antigua accion de la ley no conserva ya nada en cuanto á las obligaciones, á no ser ciertas causas especiales reservadas por excepcion (1), y la misma accion *per judicis postulationem* tambien pierde algo. La comparacion de los hechos, la época en que se colocan estas dos leyes, los hechos consumados y los que se preparan, nos revelan su espíritu. Las acciones de la ley se han divulgado; sus fórmulas son públicas; el antiguo procedimiento cae en descrédito, y la época en que este sistema será abolido no dista ya más que unos sesenta años; todo nos dice que las leyes SILIA y CALPURNIA anuncian la ley EBUCIA (2).

Por lo demas, ¿qué diferencia habia entre el rito de la nueva accion *per condictionem* y el de la accion *per judicis postulationem?* Habia bastantes : nosotros no podemos señalarlas, porque nos son desconocidos ambos ritos. Pero cualesquiera que fueran las palabras sacramentales y las interpelaciones que se dirigian, las partes debian marcar forzosamente el carácter particular y tan distinto de la constestacion, que en una de estas acciones está ya rigurosamente señalado y decidido, al paso que en la otra tenía algo de indeterminado, dejándose á la apreciacion. De esta misma diferencia en las palabras sacramentales debia resultar la diferencia en la mision del juez, que en una de estas acciones era siempre un *judex* propiamente dicho, y en la otra, por lo comun, un *arbiter*. Puede, en fin, tenerse por cierto, que en la accion de la ley *per condictionem*, el que no se habia presentado en el plazo fijado para recibir un juez por las disposiciones de las leyes SILIA y CALPURNIA, se reputaba *confesus* ó *judicatus*, y sometido, en consecuencia, á la ejecucion *per manus injectionem* (3), de que vamos á hablar.

En suma, al punto en que hemos llegado, el destino de las tres acciones de la ley, que son formas de este proceso, es éste :

La accion *sacramento* para las reclamaciones de estado, de pro-

(1) Tales como la accion *damni infecti*, G. 4. § 34.

(2) Véase sobre este punto nuestra *Historia del derecho romano*, núm. 47, pág. 181.

(3) La ley RUBRIA, *Gall. cisalp.* c. 21, lleva la marca irrecusable de ella.

piedad quiritaria ó de herencias, todos derechos reales, cuyo conocimiento pertenecia á los centumviros.

La accion *per judicis postulationem*, para la persecucion de las demas obligaciones que no son de dar (*dare*) cosas ciertas : su conocimiento se remite por lo regular á un árbitro (1).

La accion *per conditionem*, para las obligaciones de dar (*dare*) cantidades y cosas ciertas, cuyo conocimiento compete siempre á un *judex*.

En este estado las hallaba al parecer la ley EBUCIA.

Nos resta tratar ahora de las acciones de la ley que son más especialmente vías de ejecucion.

## *Acciones de la ley para la ejecucion.*

### *De la accion* per manus injectionem.

Una vez decidido el pleito y dada la sentencia, si la parte que ha sucumbido no la ejecuta voluntariamente, es preciso un poder y un procedimiento cualquiera para compelerle á ello. Si se trata de derechos reales, bajo el imperio de las acciones de la ley, en que la sentencia alcanza, siempre que es posible, directamente á la misma cosa demandada, al litigante que vence se le reconoce tener tal estado, ó la propiedad quiritaria de tal cosa, ó tal desmembracion de esta propiedad, ó tal heredad : los efectos jurídicos se deducen por sí mismos ; y si tiene necesidad de la fuerza pública para ponerse en posesion de la cosa, de que es reconocido propietario, puede recurrir á ella. Pero en el proceso de obligaciones, aunque la sentencia recae directamente sobre la cosa demandada, el demandante que triunfó es reconocido sólo acreedor y no propietario : ¿cuáles son, pues, estas vías de ejecucion contra el deudor que no cumple su obligacion? El antiguo derecho quiritario le ha dado accion, no sobre los bienes, sino sobre la persona misma del deudor; y el procedimiento que para esto tiene es la accion de la ley *per manus injectionem*. Y sólo en un pequeño número de casos, enteramente excepcionales, se le ha concedido directamente

(1) Salvo algunas causas especiales de obligacion, tales como la de *damni infecti*, reservadas por vía de excepcion de la accion *sacramento*, como hemos dicho en la página precedente.

recurso sobre los bienes del deudor, por medio de la accion de la ley *per pignoris capionem.*

Lo *manus injectio*, hablando con propiedad, es el secuestro de una persona, su aprehension corporal. Existian varios casos en que el derecho quiritario permitia semejante secuestro, áun con ausencia de toda autoridad: ya por ejercicio de un derecho de propiedad, por ejemplo, de un padre sobre el hijo sometido á su potestad, de un dueño sobre su esclavo (1); ya como medio de coaccion, por ejemplo, respecto del que llamado al tribunal (*in jus vocatus*) no queria presentarse en él (2). La accion de la ley *per manus injectionem* es aquella cuya formalidad característica consintió en semejante secuestro; pero se verificaba en presencia del magistrado *in jure;* no debiendo confundir esta accion de la ley, en su totalidad, con los secuestros extrajudiciales de que acabamos de hablar.

La accion de la ley *per manus injectionem* es el procedimiento de ejecucion del antiguo derecho quiritario. Los fragmentos que nos han quedado de la Tercera Tabla no son otra cosa que un nuevo reglamento por los decemviros (3). La ley de las Doce Tablas concede esta vía de ejecucion para todas las cosas juzgadas, y para la confesion de una deuda en dinero (*æris confessi, rebusque jure judicatis* (4). El deudor tiene treinta dias para pagar, los cuales se llamaban *dies justi;* que, segun la expresion de Aulio Gelio, es una especie de tregua, de armisticio legal (*quoddam justitium, juris quædam interstitio*) (5). Espirado este plazo, si no ha pagado, puede su adversario citarle ante el magistrado (*in jus vocare*); y allí se cumple la accion de la ley. Agarrando á su deudor por cual-

(1) La expresion *manus injectio* la encontramos en este último sentido en una multitud de fragmentos y hasta en las Recopilaciones de Justiniano. Véase *Vatic. frag.* § 6.—Dig. 2. 4. *De in jus voc.* 10. § 1. f. Ulp.—18. 7. *Si serv. export.* 9. f. Paul.—40. 1. *De manum.* 20. § 2. f. Papin.—40. 8. *Qui sin. man.* 7. f. Paul.—Cod. 4. 55. *Si serv. export.* 1 y 2. const. de Sever. y Anton.—7. 6. *De lat. libert.* 1. § 4. const. de Justin.

(2) Véase el fragmento de las Doce Tablas, *Historia del derecho romano*, tab. I, § 2, p. 30.

(3) Véase nuestra *Historia del derecho romano*, tab. III. p. 83.

(4) A pesar de la generalidad de este texto de las Doce Tablas, algunos críticos, y entre otros M. DE SAVIGNY, creen que esta vía de ejecucion no se daba más que por las deudas en dinero. No sólo el texto de la ley, sino la totalidad del sistema, me hace creer evidentemente que es una vía de ejecucion para todas las condenas en materia de obligaciones, y en efecto, el antiguo derecho quiritario no ofrece otra.

(5) AUL. GEL. *Noct. attic.* XX. 1. « Confessi igitur æris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati conquirendæ pecuniæ causa quam disolverent: eosque dies decemviri justos appellaverunt, velut quoddam justitium, id est juris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi jure possit. Post deinde nisi dissolverant, ad prætorem vocabantur, et ab eo, quibus erant judicati, addicebantur; nervo quoque, aut compedibus vinciebantur..... etc.»

quiera parte de su cuerpo, dice el acreedor: «QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES (por ejemplo, SEXTERTIUM X MILIA) QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SEXTERTIUM X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO.» El deudor no puede rechazar este secuestro (*manum sibi depellere*); y desde el momento es tratado como esclavo de hecho; y en concepto de tal, si tiene objeciones que hacer, contestaciones que dar, no puede obrar en la accion de la ley por sí mismo, como un hombre libre, pues es preciso que dé un fiador abonado, que le reclame y le liberte, tomando su causa, y que se llama, á causa de esto, *vindex*. A falta de este fiador, es adjudicado (*addictus*) por declaracion del pretor, y sin remitirle á un juez, al demandante, que le lleva á su casa en calidad de prisionero (1). Aquí cesa lo expuesto por Gayo sobre esta accion de la ley, teniendo que completarlo con lo que ha llegado hasta nosotros de las Doce Tablas. Antes de pronunciar esta adjudicacion, el deudor perseguido era, hablando con propiedad, *judicatus, adjudicatus* (2); una vez hecha la adjudicacion, está *addictus:* aunque estas calificaciones hayan podido, en la práctica, emplearse una por otra. En este último estado es esclavo de hecho y tratado como tal, no sólo en las relaciones privadas, sino áun en las de ciudad; pero no es todavía esclavo de derecho, no ha sufrido una capitis-minutio; y ni sus hijos ni sus bienes pasan al dominio de su acreedor (3). La ley de las Doce Tablas ha cuidado

---

(1) Gay. Com. 4. § 21: « ..... Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur.»—Véase tambien el texto de Aulo Gelio citado en la nota precedente. Deben considerarse en la fórmula de la *manus injectio* estas expresiones *judicatus*, *damnatusve*; pues quiere se refieran, la primera á las obligaciones procedentes de contratos; la segunda á las obligaciones procedentes de delitos (segun otros, á los legados *per damnationem*); pero en todos los casos no se aplican á las sentencias en materia de derechos reales, puesto que bajo las acciones de la ley en esta materia no hay *condenacion;* es la cosa, el derecho mismo, el que se reconoce pertenecer á una de las partes. Esta observacion confirma lo que hemos dicho, á saber: que la via de ejecucion *per manus injectionem* es exclusivamente peculiar de las obligaciones.

(2) Gay. Com. 3. §§ 189 y 199.

(3) QUINTIL. V. 3. «Aliud est servum esse, aliud servire. Qui servus est, si manumittitur fit libertinus, non itidem addictus.»—V. 10. «Alliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quæstio solet.»—VII. 3. «.....An addictus, quem lex servire donec solverit jubet, servus sit?..... servus cum manumittitur fit libertinus, addictus recepta libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequetur, addictus solvendo citra voluntatem domini consequetur. Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Propria liberi, quæ nemo habet nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum: habet hæc addictus.»—A pesar de las analogías que los unen, hay tambien grandes diferencias entre los *addicti* y los *nexi*, es decir, los que por seguridad ó para pago de su deuda han entregado *per æs et libram* su persona á los acreedores (t. I, p. 148). Estas diferencias pueden referirse á este principio: que los *addicti* son esclavos de hecho, más no de derecho, tanto respecto al acreedor á quien han sido *addicti*, como respecto á la sociedad. Los

de arreglar por sí misma lo concerniente á su alimento y al peso de las cadenas con que podia cargársele (1). Esta situacion se prolonga sesenta dias, durante los cuales debe por tres dias consecutivos, y de nueve en nueve, ser conducido ante el magistrado al *comitium*, con publicacion de la causa por lo que es *addictus*, á fin de que sus parientes ó sus amigos, advertidos de la suerte que le amenaza, hagan los últimos esfuerzos para libertarle, pagando por él. Ya sabemos que no pagando, la conclusion para él, al cabo de los sesenta dias, es una capitis-minutio definitiva, que termina su vida de ciudadano y hombre libre, pero que extingue tambien todos los derechos de su acreedor. Es vendido como esclavo al extranjero del otro lado del Tíber; y puede, segun la ley, ser muerto por el acreedor (2).

En resúmen, la accion de la ley *per manus injectionem* empieza, en sus efectos, por el *addictus*, por una cautividad, una esclavitud de hecho, no de derecho; y concluye por una capitis-minutio definitiva, la esclavitud de hecho ó de derecho, y hasta la muerte. —Es una vía de ejecucion deferida en gran parte á los mismos interesados; es una cautividad por deuda en la casa del acreedor: cada palacio de los patricios, nos dice la historia, se habia convertido en una prision particular, y más de una vez las desgracias de estos *addicti* han sublevado la plebe y conmovido la república (3).

Con todo, hay que advertir que aunque el objeto principal de esta accion fué compeler al deudor á su ejecucion, podia suceder que hubiese contestacion sobre la existencia de la misma deuda; por ejemplo, que aquel contra quien se ejercia la *manus injectio* negase que hubiese habido juicio contra él ó confesion de su parte. Y entónces habia un verdadero litigio sobre este punto. La decision de este proceso no se remitia á un juez; era el magistrado el que por sí mismo decidia, y en consecuencia, daba lugar ó no á los efectos de la *manus injectio*. En este sentido se ve que esta

---

*nexi* se asimilan á esclavos, tanto de hecho como de derecho, respecto de aquel á quien han sido vendidos; pero quedan hombres libres en la ciudad. Sufren una *capiti deminutio;* sus hijos y sus bienes pasan á poder de su jefe; pudiendo por medio de una manumision recobrar su libertad, y entónces son, respecto á este jefe, *quasi-liberti*, y con respecto á la ciudad *ingenui*.

(1) *Historia del derecho romano*, tab. III, p. 83.

(2) Véase lo que dije sobre esta disposicion de las Doce Tablas, *Historia del derecho romano*, tab. III, § 6. p. 84, con las notas en su apoyo, y p. 108.

(3) TIT. LIV. V. 14; VI. 36; VII. 16.—DIONISIO DE HALIC. IV. 11, etc.

accion de la ley, aunque es principalmente una vía de ejecucion, era tambien en ciertos casos una forma introductiva de un proceso decidido por solo el magistrado.—Este carácter fué mucho más frecuente y más pronunciado, cuando nuevas leyes dieron al uso de esta accion más extension de la que tenía en su destino primitivo.

En efecto, despues de la ley de las Doce Tablas, otras muchas leyes asimilaron un gran número de casos á los de la confesion de una deuda pecuniaria ó de una condena judicial, y concedian en estos casos la vía de ejecucion *per manus injectionem*, como si hubiese habido sentencia (*pro judicato*) y con los mismos efectos. Solamente que en la fórmula, el acreedor, en lugar de decir QUOD TU MIHI JUDICATIS SIVE DAMNATUS ES, enunciaba la causa y añadia: OB EAM REC EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO (1). Gayo cita como ejemplo en el número de estas leyes las leyes PUBLILIA y FURIA, *de sponsu*, de que hemos hablado, y que concedieron esta ventaja á los *sponsores* en ciertos casos.

Otras leyes tambien concedieron en algunos otros casos la accion de la ley *per manus injectionem*, con efectos ménos rigorosos. El deudor, en el cual tenía lugar el secuestro, podia rechazarle y defenderse por sí mismo, en esta accion de la ley (*manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*). En la fórmula de esta *manus injectio*, el acreedor, despues de haber enunciado la causa, decia simplemente: «OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO», sin añadir PRO JUDICATO. Tambien se daba á este secuestro la calificacion de *pura*, simple, sin asimilacion al caso de cosa juzgada: «PURA, ID EST NON PRO JUDICATO» (2).—Entre las leyes que conceden este nuevo secuestro simple, Gayo cita la ley FURIA, *testamentaria*, en materia de legados, y una ley MARCIA, en materia de usura. La fecha de todas estas leyes es, ó totalmente desconocida, ó indicada sólo por conjeturas. Unas y otras datan del sexto al octavo siglo.

Evidentemente, en estos diversos casos por extension, la accion de la ley *per manus injectionem* era por lo comun introductoria de un pleito, porque no existiendo un juicio prévio, sino sólo la alegacion del demandante, aspirante á una especie particular de cré-

(1) Gay. Com. 1. §§ 22 y 24.
(2) Ibid. § 24.

dito, la cuestion de saber si este crédito existia en realidad podia siempre suscitarse por el demandado, y este punto tenía que decidirlo el magistrado.

En suma, vemos que la *manus injectio* se presentaba bajo tres aspectos distintos : la *manus injectio judicati*, la *manus injectio pro judicato* y la *manus injectio pura* : las dos primeras producian el mismo efecto ; la tercera era ménos rigorosa. Una ley posterior, cuyo nombre ha quedado ilegible en el manuscrito de Gayo (1), hace entrar en esta tercera especie todos los casos de la segunda, á excepcion de uno solo ; y desde entónces siempre se permitió al deudor desembarazarse del secuestro y defenderse por sí mismo por medio de la accion de la ley; á no ser, segun las Doce Tablas, para la ejecucion de las condenas judiciales, y ademas, para el reembolso de lo que el *sponsor* habia pagado en descuento al que fiaba (*excepto judicato et eo pro quo depensum est*) (2).

Ya verémos cómo esta vía de ejecucion contra la persona, suprimida como accion de la ley en la época de la supresion de este primer sistema, se mantuvo bajo forma simplificada, y cómo los pretores introdujeron ademas una vía de ejecucion sobre los bienes.

### *De la accion* per pignoris capionem.

Esta vía de ejecucion, que se ejercia sobre los bienes mismos del deudor, era enteramente excepcional en el sistema de las acciones de la ley, y verdaderamente extraña á los créditos privados ; porque no tenía lugar más que en ciertos casos, poco numerosos, que interesaban al servicio militar, á los sacrificios ó al tesoro público. El acreedor en estos casos estaba autorizado para apoderarse por sí, como prenda, de una cosa perteneciente al deudor, y éste no la libertaba más que pagando (3). Era únicamente porque esta aprehension de prenda se ejecutaba pronunciando las palabras sacramentales (*certis verbis*), por lo que la mayor parte de los jurisconsultos la colocaban entre las acciones de la ley. Pero

(1) MM. Savigny, Hugo, Heffter opinan que debe leerse la ley AQUILIA; pero esto no me parece en armonía con la cronología. En Gayo se trata de una ley posterior á todas las de que acabo de hablar ; y la ley Aquilia se supone dada en el año 468 de Roma.

(2) GAY. Com. 4. § 25.

(3) GAY. Com. 4. § 32.

diferia en tres puntos especiales : 1.°, tenía lugar en ausencia del pretor (*extra jus*) ; 2.°, podia hacerse áun en ausencia del deudor; 3.°, en un dia nefasto, en que no se permitia obrar por accion de ley : y tambien algunos jurisconsultos rehusaban considerarla como una de estas acciones.

Los casos en que la *pignoris capio* estaba autorizada, habian sido introducidos, los unos por las costumbres, los otros por una ley determinada (*de quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege*). Por las costumbres anteriores áun á las Doce Tablas, se concedió esta vía de ejecucion á los soldados contra los que habian sido adjudicados por el tribuno del *ærarium* como debiendo pagarles, ó el sueldo (*stipendium*), ó el precio de compra y equipo de un caballo (*æs equestre*), ó el precio del forraje (*æs hordearium*). Las leyes de las Doce Tablas la adjudicaban positivamente al acreedor del precio de compra de una víctima, y al del precio de arrendamiento de una bestia de carga, cuando el arrendamiento se habia hecho especialmente por él para emplear su precio en sacrificios. En fin, una ley, cuyo nombre ilegible en el manuscrito de Gayo parece ser el de *lex* CENSORIA, la concedia á los publicanos para la exaccion de los impuestos públicos (1).

Verémos que, aunque ésta era de ejecucion, desapareció como accion de la ley á la caida de este primer sistema, se trasformó y pasó así, como la precedente, á los sistemas siguientes.

### *Resúmen y totalidad de un procedimiento bajo el sistema de las acciones de la ley.*

Todas las acciones de la ley, á excepcion de la *pignoris capio*, se ejecutaban entre el magistrado (*in jure*), y lo primero que para esto habia que hacer era citar y hacer comparecer allí á las partes : este acto se hacía con toda su ruda simplicidad. El actor se encargaba de llamar por sí mismo á su adversario á la presencia del magistrado (*in jus vocare*), y en caso de necesidad, de llevarle por fuerza, haciéndose este llamamiento en términos consagrados : « *In jus ambula, sequere in jus i, in jus eamus, in jus te*

---

(1) GAY. Com. 4. §§ 26 y sig. — Véase tambien *Historia del derecho romano*, tab. XII, § 1, p. 100.

*voco*», hacen decir Plauto y Terencio á sus personajes (1). *Si in jus vocat*, dicen las Doce Tablas (2). Tal es el primer acto llamado *in jus vocatio.*

Si el que es así llamado rehusa, recurre su adversario á una prueba de testigos, pronunciando en voz alta estas palabras, que hallamos en las comedias de Plauto, en las sátiras de Horacio, y que tienen una apariencia enteramente sacramental : «LICET TE ANTESTARI» (3), al mismo tiempo le toca, como sitio de la memoria, el fondo de la oreja del testigo que se presenta, y esto es lo que se llama *antestatio* (4).

Hecho esto, tiene contra el que reclama *in jus* un secuestro (*manus injectio*) extrajudicial ; y puede, en su consecuencia, arrastrarle al tribunal á viva fuerza (*in jus rapere*), por el cuello (*obtorto collo*), segun la expresion antigua :

—« Rapi te aborto collo mavis, an trahi?
..... —« Subveni, mi Charmides,
Rapior obtorto collo !»,

dice Plausidipo y el mercader de esclavos de Plauto (5).—El que

---

(1) PLAUTO : *Curcull.*, act. 5, esc. 2, vers. 23 y sig. — *Persa*, act. 4, esc. 97, vers. 8. — *Rudens*, act. 3, esc. 1, vers. 16 ; esc. 6, vers. 22 y sig. — *Pœnul.*, act. 5, esc. 4, verso 52 y sig. — TERENCIO: *Phormio*, act. 5, esc. 10, vers. 43 y 88.

(2) *Historia del derecho romano*, tab. I, § 1, p. 80.

(3) HORACIO, lib. 1, sátir. 9, vers. 74 y sig.

.................. Casu venit obvius illi
Adversarius et : « Quo tu , turpissime ? » magna
Exclamat voce ; et : « *Licet antestari ?* » Ego vero
Oppono auriculam. Rapit in jus....., etc.

Véase tambien á PLAUTO en *Persa*, act. 4, esc. 9, vers. 10 y sig. — Parecia que se podia, á falta de otros, tomar por testigo al mismo que se llamaba *in jus.* Como en el *Curcull.* de Plauto (act. 5, esc. 2, vers. 23 y sig.) :

PHÆD. Ambula in jus.
THER. Non eo.
PHÆD. *Licet te antestari?*
THER. Non licet.

En vista de su negativa, un tercero, el *Curcull.*, se presenta :

CURC. At ego, quem licet, te, etc.

Como tambien en el *Pœnulus* del mismo poeta, donde la jóven llamada *in jus* dice (act. 5, esc. 4, vers. 56 y 57) :

ANTEH. Antestare me atque duce.
AGOR. Ego te antestabor.

(4) PLINIO, *Historia natural*, XI, 45. « In ima aure memoriæ locus, quem tangentes antestamur. »

(5) PLAUTO : *Rudens*, act. 3, esc. 6, vers. 15, 29 y sig. — *Pœnulus*, act. 3, escena 5, vers. 45: « *Priusquam obtorto collo ad prætorem trahar?* » — TERENCIO, *Phormio*, act. 5, esc. 10, vers. 92. « *Rape hunc !* »

es así llamado y traido *in jus*, sólo puede dispensarse de ir, dando un *vindex*, que toma su causa, y se encarga del asunto (1).—Por lo demas, la jurisprudencia admitió desde luégo el principio de que la casa de un ciudadano es para éste un asilo inviolable, en donde no puede ser llamado, ni de donde puede ser traido al tribunal (2).—Hay tambien muchas excepciones, que no permiten llamar *in jus* á ciertas personas: ya sea por causa de su dignidad, como los pretores y los cónsules, ó del respeto que se les debe, como, por ejemplo, un ascendiente ó un patrono, que sería violento ver que fuesen así conducidos, *obtorto collo*, por su descendiente ó su liberto; ya por otros motivos, como el pontífice, miéntras que procede á los sacrificios, y el hombre ó la mujer, durante la ceremonia de su matrimonio (3); estas excepciones, confirmadas por la jurisprudencia ó por el edicto, tienen sin duda orígen en las costumbres antiguas. El ascendiente y el patrono no pueden ser llamados *in jus* sino con autorizacion especial del magistrado (4).

Llegados ante el magistrado, y despues de exponer préviamente el negocio y de sus respectivas contestaciones, habiendo quedado dicha exposicion libre, segun parece, de los términos sacramentales, procedian las partes al cumplimiento, segun el rito consagrado de la accion de la ley que iban á ejercitar. — Si el negocio era por su naturaleza capaz de poderse decidir por la autoridad del magistrado, el litigio quedaba ante él terminado. Lo mismo sucedia siempre en la accion de la ley *per manus injectionem*, no sólo cuando se trataba de una cosa ya juzgada ó de una deuda reconocida, sino en todos los demas casos á que se aplicaba esta accion, áun cuando se disputaba la deuda. El magistrado decidia por sí mismo, sin pasar el negocio ante ningun juez.—Si el litigio no era de esta naturaleza, habia lugar al nombramiento de un juez ó de un árbitro, ó á su remision ante los centumviros.

Probablemente, al principio se daba el juez en seguida; pero desde la ley Pinaria se estableció un plazo de treinta dias, al mé-

(1) Véanse sobre toda esta materia las disposiciones mismas de la ley de las Doce Tablas, *Historia del derecho*, tab. I, p. 80.

(2) Dig. 2. 3. *De in jus vocando*, 18: «Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium ac receptaculum sit cumque qui inde in jus vocaret vim inferre videri.» Fragm. de Gay. en su Comentario sobre la ley de las Doce Tablas, lib. 1. —Véase tambien, ibid. 21. f. Paul.

(3) Ib. 2. f. Ulp.

(4) Gay. Com. 4. §§ 46 y 183.

nos en la accion *sacramenti*, al cabo de los cuales, volviendo las partes ante el magistrado, recibian el juez designado ó admitido por ellas (1). Esta es la *addictio* ó la *datio judicis*.

Dado el juez, se requieren mutuamente las partes para comparecer ante él al tercer dia. Tiene éste el nombre de *comperendinus* ó *perendinus dies* (2); llegado el negocio á este punto del procedimiento, se llamaba *res comperendinata* (3); y este requerimiento, esta citacion recíproca, se llamaba *comperendinatio* (4).

Ademas, las partes se aseguraban recíprocamente su comparecencia ante el juez en el dia indicado, dándose de la misma manera fiadores de que así lo harian, cuyos fiadores se llamaban *vas*, *vades* en plural; y el acto, en su totalidad, *vadimonium*.—Las partes recurrian tambien á un *vadimonium* para asegurarse su comparecencia *in jure* cuando el negocio no habia podido terminarse en el mismo dia ante el magistrado (5). Así el *vadimonium* se usa-

---

(1) GAY. Com. 4. §. 15: «.....*Ad* judicem accipiendum venirent. Postea vero reversis dabatur..... xxx judex; idque per legem Pinariam factum est.» — Pasaje que es preciso completar con éste, tomado de ASCONIO, en su Comentario sobre las Verrinas de Ciceron (*in Ver.*, actio 2, l. I, § 9): «.... Namque cum in rem aliquam agerent litigatores, et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigessimum diem.»

(2) GAY. Ibid. «Postea tamen quam judex datus esse, comperendinum diem, ut ad judicem venirent denuntiabant.»—ASCONIUS, ibid. «Quo (judice) dato inter se comperendium diem, ut ad judicem venirent denuntiabant.» —A esto hace alusion Ciceron (*pro Murœna*, c. 12) cuando se admira con ironía de que tantos hombres, dotados de singular ingenio, no hayan podido decidir, despues de tan largo tiempo, si se ha de decir *dies tertius*, ó *dies perendinus*: «.....utrum diem *tertium* an *perendinum*..... *rem* an *litem*, dicit oporteret.»

(3) FESTO, en la palabra *Res*.

(4) ASCONIUS, *in Verr.* actio 2, lib. 1, § 9: «Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem.»

(5) La ley de las Doce Tablas hacía mencion de este acto del procedimiento; no nos quedan más que estas palabras: VADES, SUBVADES. (Véase nuestra *Historia del derecho romano*, tab. I, § 9, p. 81, con las notas en su apoyo.) — Este pasaje de MACHORIO (sat. 1, 6): «Comperendini (dies), quibus vadimonium licet dicere», indica que el *vadimonium* se aplicaba á la comparecencia en el dia *comperendinus*, es decir, ante el juez.—Y por otra parte, la definicion que de ella nos da Gayo (Com 4. § 184): «Qui autem in jus vocatus fuerit (*ab*) adversario, in eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti», definicion que no vacilamos en aplicar áun al sistema de las acciones de la ley, de donde el segundo ha sido tomado, prueba que el *vadimonium* se aplicaba igualmente á la comparecencia ante el magistrado.—Es preciso distinguir bien en todo este procedimiento de las acciones de la ley, estas tres especies de intercesores diferentes: 1.°, el *vindex*, que toma la causa, se encarga él mismo del negocio, y libra de esta manera á aquel contra quien se ejerce la accion *manus injectio*, ya extrajudicial en la *in jus vocatio*, ya judicial en la accion de la ley que lleva este nombre; 2.°, el *prœs*, y en plural *prœdes*, que responde al magistrado del pago del *sacramentum* (*prœdes sacramenti*), ó á la parte de la restitucion de la cosa y de los frutos (*prœdes litis et vindiciarum*); y 3.°, en fin, el *vas*, en el plural *vades*, que responde recíprocamente á las partes de su comparecencia, ya *in jure*, ya ante el juez. VARRON, de *ling. latin.* V, y señala, aunque bajo el sistema siguiente, algunas de estas diferencias: *Sponsor* et *Prœs* et *Vas*, neque idem, neque res a quibus ii, sed dissimiles. Itaque *Prœs* qui a magistratu interrogatus in publicum ut præstet; a quo, cum respondet, dicitur, *Prœs*. *Vas* appellatus qui pro altero vadimonium promittebat.»

ba en este sistema para asegurar la comparecencia tanto ante el magistrado, si á ello habia lugar, cuanto ante el juez.

Todo este procedimiento ejecutado ante el juez para organizar y preparar la instancia, pasaba oralmente, sin redactarse escrito alguno, sin que el magistrado en este sistema haya dirigido al juez ninguna instancia escrita para el juez; para justificarle es preciso que las partes recurran á las declaraciones de testigos presenciales. Y esto lo hacen tomando cada uno solemnemente ciertas personas por testigos, en estos términos: *testes estote!* Esto se llamaba *contestare litem*, probar el litigio; y este último acto del procedimiento *in jure* llevaba el nombre de *litis contestatio*, justificacion del litigio (1). En el sistema siguiente tendrémos que notar efectos muy caracterizados é importantes.

Terminada y justificada de este modo la parte del procedimiento que debia verificarse ante el magistrado, resta la instancia ante el juez. Los litigantes empiezan delante de él por indicar en breves palabras su negocio, que es lo que se llama entre nosotros exposicion, y entre los romanos *causæ collectio* ó *conjectio* (2),

Despues vienen los diversos medios de instruccion: pruebas de testigos y otras, reconocimientos de lugares y las defensas en detalle, y el todo se termina por la sentencia (*setentia*), que pone fin á la mision del juez.

Para la ejecucion, si hay dificultad, es preciso recurrir al magistrado, que es el único que tiene el *imperium*. Esta ejecucion, en materia de derechos reales, se verifica, en caso de necesidad, con ayuda de la fuerza (*manu militari*), y alcanza directamente al objeto mismo del derecho. Para las obligaciones, salvos los ca-

---

(1) FESTUS: «*Contestari* est cum uterque reus dicit: *Testes estote*. Contestari litem dicuntur: duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: *Testes estote!* AUL. GEL. *Noct. attic.* V. 10, donde se ve indudablemente que la *litis contestatio* se hacia *in jure*. — CICERON, Att. XVI. 15.

(2) GAY. Com. 4. § 15: «Deinde cum judicem venerant, antequam apud eum *causam* perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quæ dicebatur causæ collectio, quasi, causæ suæ in breve coactio.» ASCONIUS, *in Verr.*, actio 2, lib. 1, § 9: «Quo cum esset ventum (ad judicem), antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur *causæ conjectio*, quasi causæ suæ in breve coactio.» Es notable la semejanza entre Gayo y Asconio en este pasaje y en los que hemos citado ántes, nota 2 de la página anterior. Ya que las notas atribuidas á Asconio, contemporáneo de Augusto y de Tiberio, sean verdaderamente de él, ó que pertenezcan á un escritor posterior, como hay motivo de creer hoy, estos diferentes pasajes han sido seguramente redactados uno por uno, ó al ménos por un documento comun. — AUL. GEL. *Noct. attic.* V. 10.—Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 1. f. Paul: «Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat..... Per regulam igitur brevis rerum narratio, traditur, et ut ait Sabinus quasi *causæ conjectio* est.»

sos bien raros de la *pignoris capio*, la ejecucion forzada no alcanza directamente más que á la persona del deudor por medio de la accion de la ley *per manus injectionem.*

Las acciones de la ley, exceptuando siempre la *pignoris capio*, no pueden tener lugar más que en ciertos dias del año, en que se permite al magistrado ejercer la jurisdiccion (decir el derecho), y que se llaman por esto dias *fastos* (de *fari*, hablar). Los demas dias son *nefastos*, y entónces, valiéndonos del lenguaje poético de Ovidio, las tres palabras consagradas de la jurisdiccion, DO, DICO, ADDICO, quedan en silencio.

« Hic nefastus erit, per quem tria verba silentur:
Fastus erit, per quem legê licebit agi» (1).

La fijacion ó determinacion de los fastos fué al principio un negocio enteramente pontificio, verificado en secreto, cuya primer divulgacion conocemos por Flavio (*Historia del der. rom.*, página 36 y 145), pero que por su naturaleza queda siempre susceptible de cierta variacion. Hacía más de un siglo que se habian suprimido generalmente las acciones de la ley, cuando, para comodidad de los campesinos, se pusieron legislativamente en el númemero de los dias fastos los dias de mercado (*nudinæ*), que tenian lugar de nueve en nueve dias por la ley HORTENSIA *de nundinis* (año 685 de Roma) (2).

El principio de que la jurisdiccion y la justicia se administrase públicamente es un principio de todas las épocas en el derecho romano. Pero bajo el sistema de las acciones de la ley, esta publicidad está ámpliamente organizada; en el *forum*, en medio del dia, se ejerce la jurisdiccion, y el ponerse el sol es el término supremo (*suprema tempestas*) de todo procedimiento (3): « Tú me quieres hacer empezar todo de nuevo, bribon, para que me falte el dia»,

« Omnia iterum vis memorari, scelus, ut defiat dies»,

dice, en la comedia de Plauto, Tracalion, cansado de las interpelaciones de su adversario (4).

(1) OVID. *Fast.* 1. ver. 47 y sig. — VARRO. *De ling. lat.* V. «Dies *fasti*, per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari. » — Dies *nefasti*, per quos dies nefas fari prætorem : DO, DICO, ADDICO.

(2) MACHORIO, *sat.* 1. 15. 16. « Lege Hortensia effectum, ut fastæ essent nundinæ, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant lites componerent. Nefasto enim die prætori fari non licebat. »

(3) Véase el texto de las Doce Tablas, *Historia del derecho romano*, tab. I, §§ 6 y siguientes, página 31.

(4) PLAUTO, *Rudens*, act. 4, esc. 4, vers. 63.

## SEGUNDO SISTEMA. *Del procedimiento por fórmulas* (ordinaria judicia).

### *Orígenes y desarrollo de este sistema.*

Toda la historia del derecho romano se resume en esta proposicion : el derecho quiritario se humaniza. Lo mismo sucede con la historia de su procedimiento. El sistema de las acciones de la ley, reservado exclusivamente á los ciudadanos, va desapareciendo gradualmente ante un sistema acomodado al derecho de gentes y al uso de los extranjeros. Va á continuarse y concluirse la destruccion de la accion primitiva, el *sacramentum*.

Al punto á que hemos llegado, el *sacramentum* ya no se emplea en realidad más que en las cuestiones de Estado, de dominio quiritario y de sucesion que tocan al colegio de centumviros, y en algunos casos particulares que han quedado fuera de las otras acciones de la ley, es decir, que no han sido comprendidos en ellas.— Se han suplantado la *judicis postulatio* y la *condictio* para las obligaciones en general, desapareciendo éstas para dar lugar á un procedimiento más sencillo, introducido desde luégo en beneficio de los extranjeros ; y en fin, el *sacramentum* á su vez será reemplazado por este sistema, áun en los casos en que se habia conservado su uso.

En los primeros años del siglo VI de Roma (1), muy poco tiempo ántes de las leyes SILIA y CALPURNIA, que crearon y desenvolvieron la última accion de la ley, la *condictio* (2), fué instituido el pretor extranjero (*prætor peregrinus*), encargado especialmente de la jurisdiccion en las relaciones de los extranjeros entre sí ó con los romanos (*plerumque inter peregrinos jus dicebat*, *inter cives et peregrinos jus dicebat*). No podia tratarse aquí del procedimiento de las acciones de la ley, puesto que estaba reservado sólo á los ciudadanos ; ni del derecho civil y sus diversas consecuencias, ya para la propiedad, ya para las obligaciones ú otros puntos, porque los extranjeros eran extraños á ella ; ni, en fin, del juez ordinario

---

(1) Año de Roma 507, segun LIDUS. *De magistrat.* I. 38. 45. (*Historia del derecho romano*, página 170.)

(2) La primera, segun conjeturas, en 510, y la segunda en 520 de Roma (*Historia del derecho romano*, p. 182).

de los ciudadanos, de ese juez elegido en la clase senatoria. El juez, el procedimiento y el derecho mismo, todo debia juzgarse y arreglarse por el único poder (*imperium*) y por la jurisdiccion del magistrado.

Entónces se regularizaron y empezaron á tomar la consistencia de un sistema particular, en manos de este magistrado especial, unas prácticas que, indudablemente, tenian su orígen más alto, y que deben remontarse á la época en que la jurisdiccion para los extranjeros se ejercia aún extraordinariamente por el magistrado comun, como casos raros y excepcionales.

El pretor extranjero, ante quien comparecian *in jure* los litigantes, de los cuales, el uno por lo ménos era extranjero, despues de la exposicion recíproca de su negocio, les daba por juez, no el juez único para uso de los ciudadanos, elegido en el *ordo senatorius*, sino varios recuperadores, los antiguos jueces de los extranjeros (1), en número de tres ordinariamente, ó de cinco, tomados y aceptados, áun impensadamente, sin distincion, entre los ciudadanos ó las personas presentes en el tribunal. Y como no se trataba aquí del derecho civil, sino que todo debia arreglarse por el *imperium* y por la jurisdiccion del pretor, éste entregaba á las partes una especie de instancia escrita ó sentencia condicional, segun la expresion de Savigni, redactada por los recuperadores, en la cual, despues de constituir á estos últimos en su poder en estos términos: RECUPERATORES SUNTO, les indicaba la decision que debian dar, hecha la comprobacion ó exámen de los puntos sometidos á su dictámen, que es lo que se llama una fórmula (*fórmula*), que debe no confundirse con las fórmulas ó palabras sacramentales pronunciadas en las acciones de la ley (2). — De este mismo hecho, que no podia tratarse aquí del derecho civil, nacen aún várias consecuencias, pero, entre otras, dos muy importantes, que es preciso advertir.

1.° El pretor extranjero no puede fijar á los recuperadores, en su fórmula, una cuestion de derecho civil, puesto que están fuera de este derecho; pero desde luégo designa los hechos que han pasado segun la declaracion de las partes, y que da para que los examinen (*sed initio formulæ, nominato eo quod factum est*), por

---

(1) Véase la *Historia del derecho romano*, p. 137, y especialmente la 138 con la nota 2.

(2) Véase esta distincion establecida en la *Historia del derecho romano*, p. 186 y 189.

ejemplo : RECUPERATORES SUNTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE. Despues de lo cual añade las palabras por las cuales da á los recuperadores el poder de condenar ó de absolver, segun que los hechos se comprueben ó no, «*adjiciantur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur*», indicándoles la condena que han de pronunciar, á veces de un modo rigorosamente preciso, á veces con cierta latitud; por ejemplo : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM RECUPERATORES NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATE : SI NON PARET, ABSOLVITE» (1). Se ve que en estas fórmulas ó sentencias condicionales, en su orígen, para los extranjeros no hay más que dos partes todavía; la primera que tiene los hechos que comprobar y apreciar bajo esta forma condicional, SI PARET (si está probado): que es en cierto modo la condicion puesta á la condena; la segunda, que contiene la condena que hay que pronunciar con la misma alternativa de absolver si los hechos no están probados, SI NON PARET. Esta especie de fórmula es la que dicen estar concebida en el hecho, *in factum concepta*. Es la primera creada, la única regularmente posible para los extranjeros. Sólo extendiéndose á los ciudadanos y perfeccionándose se idearon otras fórmulas y otras dos partes más.

2.° Por lo mismo que el derecho civil no puede tener aquí aplicacion, no puede ser cuestion para el juez el reconocer ni adjudicar propiedad alguna, *ex jure Quiritium*, ninguna de sus desmembraciones, ningun estado ó derecho real, ni áun de hacer ejecutar directamente y en sí misma obligacion alguna como en virtud del derecho civil. La condena no puede tener por objeto, como en las acciones de la ley, la cosa demandada : todo se reduce, en todos los casos, á una suma pecuniaria, en la cual el pretor extranjero, en virtud de su poder y su jurisdiccion, autoriza á los recuperadores para condenar al demandado, si sucumbe. Hé aquí, á mi parecer, el orígen de este principio notable, que constituye el carácter particular del sistema formulario, áun despues de su

---

(1) Véase Gay. Com. 4. §§ 46 y 47.—AULUS AGERIUS y NUMERIUS NEGIDIUS, ó simplemente A. A. y N. N., son los nombres supuestos de los litigantes ficticios en el Formulario de los jurisconsultos romanos. — La fórmula *in factum* que damos aquí está tomada por Gayo en la época en que el sistema formulario se aplicaba aún á los ciudadanos. Nosotros la traemos del orígen de este sistema, para el uso de los extranjeros, con empleo de recuperadores.

extension á los ciudadanos; que toda condena en él es pecuniaria (1).

En las acciones de la ley el poder del derecho quiritario se conoce por todas partes: el derecho existe. Aquí está el del pretor: el derecho está por crear. El pretor es el que da la accion á las partes, el que arregla una decision, y por consiguiente, el que crea en cierto modo un derecho para los hechos que pone en cuestion; que interpela al juez constituido por él, y le confiere el poder de condenar al demandado en una suma pecuniaria determinada, más ó ménos rigurosamente, ó de absolverle. Todo se resiente de la situacion en que se encuentra fuera del derecho civil. Todo se deriva de ella.

Tal es el procedimiento que los ciudadanos vieron practicar, sin alteracion, desde los primeros años del siglo VI de Roma, en los pleitos entre extranjeros, y en sus propios negocios con estos últimos. Era más sensible que el de las acciones de la ley, y fácil de plegarse con flexibilidad á los cambios y á las mejoras progresivas de la civilizacion creciente. Poco tiempo despues fué cuando se despojó, en consecuencia de la necesidad de simplificacion que se sentia, á la antigua accion de la ley, el *sacramentum*, de su último dominio en materia de obligaciones, por medio de la creacion de la *condictio*. Pero esta simplificacion no tardó en parecer todavía insuficiente, y los ciudadanos empezaron, sin ninguna ley precisa, arrastrados sólo por la costumbre, á recurrir al sistema formulario, y á pedir al pretor la accion y la fórmula, áun para los pleitos entre ellos mismos. Favoreció esta tendencia, entre otras causas, la circunstancia de que entre los romanos los magistrados revestidos de la jurisdiccion no estaban reducidos cada uno á su esfera especial, sino que podian, en caso de necesidad, suplirse el uno al otro; por ejemplo, el pretor extranjero reemplazar al pretor urbano en los pleitos entre ciudadanos, y recíprocamente.

Pero desde el momento en que se trató de hacer extensivo el sistema formulario áun á los ciudadanos entre sí, debió tratarse de adicionarle y perfeccionarle. En efecto, aquí se venía á parar al derecho civil, y el procedimiento legal era el de las acciones de la ley. Así los pretores se esforzaron para aparentar en lo posible que acomodaban el sistema que habian creado al de las acciones de la

(1) Gay. Com. 4. § 48.

ley, imitando de éste algunas prácticas y palabras que podian arreglarse al suyo fácilmente. Las huellas de esta imitacion no nos son muy conocidas por una razon muy sencilla, y es que los pormenores y las palabras de las acciones de la ley, especialmente en materia de obligaciones, siendo en su mayor parte ignoradas, nos es imposible establecer una comparacion completa. Hallamos, sin embargo, indicios incontestables de esto.

De este número son las *sponsiones*, derivacion evidente del *sacramentum*.—El *sacramentum*, desde el momento en que el depósito real de la suma exigida habia sido reemplazado por la dacion de fiadores ó *prædes sacramenti*, ya no se restituia más que por *sponsiones*, por este modo de obligarse solemne y verbal de los ciudadanos, por medio de estas palabras : SPONDESNE? SPONDEO. El pretor era el que interrogaba á los *prædes sacramenti*, era al que respondian, y para con él, en representacion del Estado, estaban obligados, debiendo adquirirse para el tesoro público el *sacramentum* de la parte que perdiese. — Estos llamamientos sirvieron de transicion de las acciones de la ley al procedimiento formulario aplicado á los ciudadanos, simplificándose, sin embargo, y haciéndose ménos onerosas para las partes. En lugar de dar fiadores, debieron comprometerse las partes por la *sponsio ;* desde luégo fueron relevadas de la consignacion real; ahora lo estaban del embarazo ó dificultad de buscar fiadores ; bastaba este compromiso personal. Ademas, en lugar de obligarse con el pretor, se obligaron ante este magistrado, *in jure*, pero el uno para con el otro, y de aquí los nombres de *sponsio* y *restipulatio*, para estas estipulaciones recíprocas : *sponsio* para la pregunta del demandante, *restipulatio* para la del demandado (*spondere* para el uno, y *restipulari* para el otro). De este modo la suma prometida por el litigante que perdia se adquiria, no ya para el tesoro público, sino para el litigante vencedor. Y así es que esta provocacion toma todo el carácter de una promesa, y áun en las expresiones tiene toda la forma : *si tiene lugar tal cosa* (SÍ), *ó si tal cosa no tiene lugar* (NO) *prometes tanto?* (1). Para esta promesa se habia intentado una fór-

---

(1) Gay. Com. 4. § 93 : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, ET JURE QUIRITIUM MEUS EST, SEXTERTIOS XX NUMMOS DARE SPONDES ? » Ibid. § 165 : « Si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit. » Ibid. § 166. « QUÆ ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT, INVICEM SI NON RESTITUANTUR, DARE SPONDES ? » — CICER. *Pro Cæcin.* c. 16. 23. — *Verr.* III. 57. 59. — *Pro Quint.* c. 27. — *De offic.* III. 19. — ASCON. *In Verr.* I. 45. — VALER. MAX. II. 8. — AUL. GEL. *Noct. attic.* VII. 2.

mula, por la cual el juez tenía que comprobar los hechos sentados como base de lo prometido : decidiendo quién debia pagarlo, ó en otros términos, cuál era la *sponsio* justa ó injusta, y con arreglo á esto decidia el pleito. En la mayor parte de los casos la *sponsio* tenía un carácter penal; era el castigo del proceso injusto; de suerte que, sea el demandante, sea el demandado, debian perderla por haber pleiteado injustamente, y ademas, el demandado, si sucumbia, era condenado tambien en lo principal del pleito. Esto es lo que sucedia en las obligaciones (1). En otros casos la *sponsio* no era verdaderamente más que un medio prejudicial de entablar el proceso por el sistema formulario, como verémos por las reclamaciones de propiedad y otros derechos reales. Aquí, como dice Gayo, la *sponsio* no es penal, sino prejudicial : «*Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis*» (2). — La conversion del *sacramentum* de la accion de la ley, de la *sponsio* del sistema formulario, es indudable ; anunciándolo Gayo, ademas, en términos formales (3). Pero hay más : no se ha verificado esta transicion directamente de la accion *sacramento* al procedimiento formulario; la transicion ha sido más lenta, ha habido un intermedio. Es muy probable que bajo el régimen de las acciones de la ley, cuando fué reemplazada la accion *sacramento* por la *condictio* para las obligaciones de dar una cosa cierta, la *sponsio* se sustituyó al *sacramentum*. Esta sustitucion, que era una mejora notable, debe ser obra de la ley SILIA; las *sponsiones* y *restipulationes* hacian parte de las formalidades de la *condictio*, que nos han quedado desconocidas; y allí sería donde el sistema formulario, concluyendo la transformacion, las recogeria (4). La suma de la *sponsio* no era una cantidad cierta y radi-

---

(1) Gay. Com. 4. § 13 : «*Sponsionis et restipulationis pœna.*»—Ibid. § 171. — Lo mismo para los interdictos, §§ 167 y 168 : «*Sponsionis et restipulationis summam pœnæ nomine.*» — Tengo por una cosa muy notable esta circunstancia, que me reveló mi amigo M. LEFEBRE, teniente de navío, conocido en la ciencia y en la politica por varios viajes de exploracion en Abisinia, que en este país el modo de entablar un pleito consiste tambien en una promesa prévia entre las partes.

(2) Gay. Com. 4. § 94.

(3) Gay. Com. 4. § 13.

(4) La accion *certæ creditæ pecuniæ*, objeto de la ley SILIA, es precisamente la en que tiene lugar el procedimiento *per sponsionem*. « Atque hoc tempore periculosa est actio creditæ pecuniæ propter sponsionem..... et restipulationem. » (Gay. Com. 4. § 13.) — El importe de la *sponsio* y de la *restipulatio* es aquí de la tercera parte de la suma demandada : « Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis ; constitutæ vero pecuniæ partis dimidiæ. » (Gay. Com. 4. § 171.)— CICERON llama á esta fraccion *legitima pars*, lo cual indica que ha sido fijada por una ley : pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est.» (CICER. *Pro Rosc.* 4.)—« Pecunia petita est certa ; cum tertia parte sponsio facta est.» (Ibid. c. 5.)

calmente determinada como la del *sacramentum*. Á veces era de una cierta fraccion de la suma pedida; por ejemplo, la tercera parte, la mitad (1); otras parece se dejaba á la voluntad de las partes, como sucedia, segun verémos muy pronto, para las reclamaciones de propiedad. Como el demandante era el que provocaba á la *sponsio*, de aquí las expresiones : *sponsione provocare*, *aggredi lacessere;* ganar el pleito, para él se llamaba *sponsione vincere*, y para el demandado *sponsionem vincere* (2). Todo esto está sacado casi al pié de la letra de las locuciones aplicadas al *sacramentum*. Pleitear, obrar por este procedimiento, *sponsione certare*, *agere per sponsionem*, ó *agere cum periculo;* y por oposicion, *agere per formulam*, *agere sine periculo*, cuando no intervenia semejante promesa (3).— El procedimiento *per sponsionem* se impone á veces á las partes, ya por algunas disposiciones de la ley ó por edictos, ya por el magistrado, segun las circunstancias particulares de la causa. Gayo nos presenta dos ejemplos para las acciones *creditæ pecuniæ*, *de pecunia constituta*, y para los interdictos (4). Otras veces se permitia al demandante elegir uno de los dos caminos, y obrar *cum periculo* ó *sine periculo*. Estamos tentados por creer que ha habido en esto una preparacion gradual para verificar el paso del procedimiento de las acciones de la ley al de las fórmulas, y que las *sponsiones*, obligatorias en la primera práctica formularia, han concluido por hacerse facultativas. Esta preparacion progresiva se nos presentará de más bulto en las acciones reclamatorias de propiedad y de derechos reales.

Tenemos aún una señal evidente del modo con que los pretores habian ligado su sistema formulario al de las acciones de la ley, en estas acciones, cuya fórmula se redactaba por ficcion de una accion de la ley : « *Quæ ad legis actionem exprimuntur* », dice Gayo; por oposicion á las que tomaban su fuerza de sí mismas : « *Quæ sua vi ac potestate constant* » (5). Con ocasion de esta especie de fórmulas ficticias, hace Gayo la exposicion de las acciones de la ley; pero el vacío que existe en su manuscrito en el sitio en que enumeraba

— En fin, la tendencia del sistema formulario ha sido simplificar; y no hubiera introducido la *sponsio* en lugar del *sacramentum*, en la accion *certæ creditæ pecuniæ*, si ya la *condictio*, introducida para este objeto por la ley SILIA, hubiese suprimido toda formalidad semejante.

(1) Véanse los dos ejemplos citados en la nota precedente.

(2) Gay. Com. 4. § 165.—CICER. *Pro Tull.* 30; *pro Cæcin.* 31. 32; *pro Quint.* 27; ad Her. IV. 23.

(3) Gay. Com. 4. §§ 91. 162. 165, etc.

(4) Gay. Com. 4. §§ 13. 171. 162 y sig.

(5) Gay. Com. 4. § 10.

estas diversas ficciones nos impide conocerlas. No tenemos, por ejemplo, más que una ficcion de la *pignoris capio* concedida á los publicanos, y que consiste en que el juez está encargado por la fórmula de condenar aquel que es perseguido por el publicano, precisamente en la misma cantidad que estará obligado á pagar para desempeñar la prenda, si la accion de la ley *per pignoris capionem* se ejercitase contra él (1). Por esto vemos que no se ha trasladado aquí al sistema formulario la forma de las acciones de la ley, sino el derecho, el resultado que debia producir. Por lo demas, Gayo nos dice que no habia sido redactada ninguna fórmula por ficcion de la condiccion : «*Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur*» (2), es decir, que cuando sostenemos que debe dársenos una cosa cierta, no se refiere la fórmula, por la condena que hay que pronunciar, al efecto que hubiera producido la accion de la ley *per condictionem*, sino que tiene por sí mismo su efecto propio y peculiar : «*sua vi ac potestate valet.*» Lo mismo dice Gayo de las acciones *commodati*, *fiduciæ*, *negotiorum gestorum* y otras, lo cual se refiere á otras tantas aplicaciones de la accion de la ley *per judicis postulationem*.

En fin, en las diversas partes y en ciertas expresiones, áun de las fórmulas, hallamos todavía indicios de la analogía con las acciones de la ley y del arte con que los pretores parecian deducir unas de otras, desde el momento en que no se trataba ya de extranjeros, sino que eran ciudadanos romanos los que recurrian á las fórmulas para los pleitos; entre ellos podrian controvertirse verdaderas contiendas de derecho civil, de obligaciones ó de propiedad, y por consiguiente, la cuestion que debia fijarse en la fórmula podia ser ya una simple cuestion de hecho, sobre la que el pretor daba una decision en virtud de su poder, sino una verdadera cuestion de derecho civil. Por ejemplo : «SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE»; ó bien : «QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE»; ó tambien : «SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.» En efecto, saber si Numerio Negidio está obligado á dar ó hacer (*dare*, ó *dare facere oportere*), ó si tal esclavo es de Aulo Agerio, segun el derecho

(1) Ibid. § 32.

(2) Ibid. § 33. ¿No hay una buena razon para esto, á saber, que la condena era siempre pecuniaria en la fórmula, al paso que alcanzaba á la cosa misma en la accion de la ley *per condictionem*?

quiritario, son otras tantas cuestiones de derecho civil. Gayo dice de positivo que en semejantes fórmulas *de jure quœritur;* ó que son *in jus conceptœ* (1). Pero esta cuestion de derecho civil que se presenta frecuentemente para los ciudadanos, no puede por lo regular fijarse así, sin más ni ménos, sin ninguna indicacion de hechos que la motiven, sino que es preciso que la fórmula contenga una parte preliminar que indique, que señale la cosa, los hechos de que se trata y sobre los cuales descansa la cuestion de derecho; así es que la fórmula, que respecto de los extranjeros no tenía nunca más que dos partes, se complica respecto de los ciudadanos para sus contiendas de derecho y se descompone en tres partes. La primera, que señala la cosa de que se trata y los hechos invocados por el demandante: «JUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTIAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR.....»—La segunda, que fija la cuestion del derecho, desprendida de estos hechos segun la pretension del demandante: «QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA.....» En fin, la última, que da al juez la facultad de condenar ó de absolver: «EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT: SI NON PARET ABSOLVITO.» Segun su respectivo destino, la primera de estas partes se llama *Demonstratio*, la segunda, *Intentio*, y la tercera, *Condemnatio*, comprendida en ésta tambien, como alternativa, la absolucion. Las palabras sacramentales que los litigantes pronunciaban en las acciones de la ley no nos son bastante conocidas para que podamos juzgar hasta qué punto las habian hecho pasar los pretores á estas diversas partes de las fórmulas; mas en lo poco que ha llegado hasta nosotros encontramos ya suficientes vestigios de esta traslacion. Así, en las acciones de la ley, ya por las condiciones del tribunal, de los objetos ó de algun signo representativo de estos objetos, ya por las interpelaciones recíprocas que se dirigian los litigantes, se presentaba la cosa de que se trataba y se anunciaban las pretensiones de derecho del demandante. En las fórmulas ha desaparecido todo lo material, las pantomimas, los símbolos; ya no se hablan los litigantes alternativamente; es el magistrado el que se dirige al juez, aunque imitando en lo posible la parte sustancial de las palabras pronunciadas en las acciones de la ley.

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 41 y 45.

Así nos ha sido conservada una de las interpelaciones por las cuales el demandante en las acciones de la ley señala la cosa de que se trata y los hechos en que se apoya : la de la accion *per manus injectionem :* QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES (1). Tal es precisamente el giro ó sesgo que el pretor ha dado á la *demonstratio* de sus fórmulas : « QUOD AULUS AGERIUS..... », etc.; y áun, lo que no ha sido todavía bastante notado, que yo sepa, hallamos en Gayo la *demonstratio* ántes que el magistrado la haya hecho pasar con su propio nombre á la fórmula bajo esta antigua forma de alocucion de un litigante á otro. « QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI » (2). Tambien tenemos, no en materia de obligacion, sino en materia de propiedad, las palabras con las que las partes anunciaban su pretension en las acciones de la ley : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO..... », etc., que son precisamente las mismas palabras que el pretor traslada casi al pié de la letra á la *intentio* de su fórmula en esta materia : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » Este paralelo es conveniente, y si no quiere llevarse más léjos, es porque nos faltan las interpelaciones sacramentales de las acciones de la ley, sobre todo en justas obligaciones. De esta misma consideracion, que entre ciudadanos puede haber cuestion de derecho civil y de dominio quiritario, ha surgido para las fórmulas la posibilidad, en ciertos casos particulares, de una cuarta parte distinta de las tres anteriores. Efectivamente, en la accion de participacion de herencia (*familiæ erciscundæ*), que se deriva de las Doce Tablas, y en la de particion de una cosa comun (*communi dividundo*), el fondo del asunto consiste en adjudicar á cada partícipe la propiedad exclusiva de lo que le ha de tocar; lo mismo en la accion de arreglo de límites entre vecinos (*finium regundorum*), que se deriva tambien de las Doce Tablas, los romanos admitieron que el juez podia, si era necesario para su mejor señalamiento, modificar los límites existentes, y por consiguiente, adjudicar al uno una parte de la propiedad del otro. No sabemos precisamente cómo se proveyó á estas necesidades en el sistema de las acciones de la ley; mas en el de las fórmulas del pretor debia dar al juez por una cláusula especial el poder de hacer estas adjudicaciones de propie-

(1) Gay. Com. 4. § 21, cerca del § 24.
(2) Gay. Com. 4. § 59.

dad, y de aquí para las fórmulas una cuarta parte, la *adjudicatio*, que sólo se halla en estas tres acciones particulares : « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX TITIO ADJUDICATO» (1).

Hé aquí el concepto de las fórmulas, ideadas desde luégo en su mayor sencillez y con dos partes solamente para los extranjeros, porque estaban fuera del derecho civil, desenvueltas y aumentadas cuando se han aplicado á los ciudadanos, y el cómo han nacido las cuatro partes distintas de que pueden componerse. Por lo demas, áun para los ciudadanos, puede suceder (segun la diversidad de casos, como explicarémos pronto), y especialmente cuando no se trate de cuestion de derecho civil, que la fórmula conserve su sencillez primitiva, es decir, esté concebida *in factum* con dos partes solamente.

La aplicacion del sistema formulario á los ciudadanos romanos hizo extensivo tambien á ellos el uso de los recuperadores, que habian sido creados sólo para los extranjeros. Sin embargo, no fué como regla general sino en ciertos casos solamente. El magistrado da á las partes un derecho comun por su fórmula, el *unus judex* ó el *arbiter*, segun las reglas peculiares de los ciudadanos.

En fin, al tomar de la jurisdiccion de los extranjeros la ley formularia, los ciudadanos conservaron el principio de que toda condena es pecuniaria, aunque para ellos no hubiese la misma necesidad ; y abandonaron el de las acciones de la ley, en las cuales la sentencia podia alcanzar al objeto mismo de la demanda.

Todo esto pasaba en el ejercicio de la jurisdiccion pretoriana, áun ántes de la publicacion de la ley ÆBUTIA, miéntras que las acciones de la ley eran todavía el único procedimiento legal. De la accion del pretor extranjero á la publicacion de esta ley hay, á nuestro parecer, un intervalo de setenta ú ochenta años; y á este tiempo comenzaba á desarrollarse el sistema formulario, aplicado en la práctica á los ciudadanos. Si se quiere dar cuenta del efecto producido por la ley ÆBUTIA, considérese por lo que precede el estado á que habia venido el procedimiento al tiempo de su publicacion ; entre las acciones de la ley para el pleito, el *sacramentum* no se empleaba más que para las cuestiones de estado y de derechos reales, es decir, ante el colegio de los centumviros y para algunas causas especiales. Las acciones de la ley *per judicis postu-*

(1) Gay. Com. 4. § 42.

*lationem* y *per condictionem* constituian legalmente el procedimiento para las obligaciones; pero en realidad, para estas materias, imitando los ciudadanos lo que se practicaba respecto de los extranjeros, preferian por lo comun solicitar del pretor por sí mismos el uso de las fórmulas. Esto estado de cosas fué en cierto modo el que la ley ÆBUTIA, cediendo al voto popular, sancionó y regularizó legislativamente. No inventó ni introdujo una práctica nueva, sino que legalizó la que el uso habia ya sancionado. Las acciones de la ley *per judicis postulationem* y *per condictionem*, relativas á las obligaciones, fueron radicalmente suprimidas y reemplazadas por el uso de las fórmulas. En cuanto al *sacramentum*, se conservaba en el colegio de los centumviros, ante el cual se empleaba en materia de derechos reales, porque este colegio era una institucion demasiado importante y demasiado popular para ser destruida. Lo fué igualmente en uno de sus casos especiales de aplicacion el del daño inminente (*dammi infecti*) (1); y áun en estos últimos puntos el uso, que decididamente se inclinaba en favor del procedimiento formulario, concluyó por desaparecer de las acciones de la ley.

En efecto, para el daño inminente (*damnum infectum*) el pretor ideó los medios de garantía que hemos expresado en otro lugar, y nadie, segun lo que nos dice Gayo hablando de su época, alegaba para este objeto la accion de la ley.

En fin, en cuanto á las reclamaciones de propiedad y otros derechos reales, concluyeron por ser trasladadas al procedimiento formulario, y hé aquí de qué modo. No habiéndose acomodado el sistema formulario en su orígen más que á la persecucion de las obligaciones, y siendo extraña por su naturaleza la *condemnatio*, que es uno de los derechos reales, esta especie de derechos no puede ser llevada á él sino por medio de un rodeo, tanto más cuanto que para ellos el procedimiento legal era el del *sacramentum*, y el juez competente el colegio de los centumviros. Para llegar allí, se trasformó en cierto modo, al ménos ficticiamente, la cuestion de derecho real en una cuestion de obligacion, y en esto, por una imitacion del *sacramentum*, se recurrió á las *sponsiones*. Pero aquí en lugar de una promesa recíproca de las dos partes, el demandante sólo provoca á su adversario con una *sponsio* conce-

(1) Gay. Com. 4. § 31.

bida en estos términos : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » Dada la respuesta afirmativa á esta *sponsio*, el demandante sostenia que, perteneciéndole el esclavo en cuestion *ex jure Quiritium*, su adversario estaba obligado á darle los XXV sestercios prometidos bajo esta condicion ; entónces era una obligacion condicional de *dare oportere*, aplicándosela en consecuencia la fórmula correspondiente á esta clase de obligaciones, y el juez, para decidir si la suma prometida se debia ó no, estaba obligado á decidir la cuestion de propiedad : por lo demas, si esta promesa era peculiar, el demandante que triunfaba no exigia la suma prometida.

Tambien dice Gayo que esta *sponsio* no era penal, sino sólo perjudicial, siguiéndose de aquí que la cosa era indiferente, se abandonaba al capricho de las partes, y que los XXV sestercios contenidos en la fórmula de Gayo no son más que un ejemplo ; pero el demandante se aprovechaba de la decision para perseguir su derecho de propiedad y para obtener de este modo la cosa reclamada por él. En efecto, ademas de la *sponsio* de que se trata, y áun ántes de esta *sponsio*, el poseedor habia debido prometer y garantir por fiadores (*cum satisdatione*) que si sucumbia restituiria la cosa y los frutos. Esta estipulacion se llamaba *pro præde litis et vindiciarum*, y de este modo se consigue el resultado deseado, imitando en gran parte el *sacramentum* y las *prædes litis et vindiciarum* de la antigua accion de la ley (1). Debe notarse que de esta trasformacion del procedimiento no hay, como en las acciones de la ley, igualdad de posicion entre ambas partes : ya no hay un *vindicante* y un *contra-vindicante*; no hay una adjudicacion interina de las *vindiciæ*, dejada al arbitrio del pretor, sino que desde el principio hay necesariamente un demandante y el demandado poseedor ; sólo el demandante indica y está obligado á probar su propiedad. En cuanto al poseedor, despues de haber respondido sobre la estipulacion *pro præde litis et vindiciarum* y sobre la *sponsio*, no tiene ninguna prueba que hacer, estando sólo á la defensiva. Despues de haber

(1) Véase sobre toda esta materia á Gay. Com. 4. §§ 91 á 96. — El carácter de la *sponsio* se halla bien determinado en el § 94 : « Non tamen hæc summa sponsionis exigitur. Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis ; et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. » — El pasaje siguiente de Ciceron nos prueba á un tiempo que la estipulacion *pro præde litis et vindiciarum* tenía lugar ántes de la *sponsio*, y que se hacía con *satis-datio*. CICER. *In Verr*. I. 45 : « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut pro præde litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret. Ita de hereditate certaret. »

con estos rodeos adaptado las acciones al uso de las fórmulas, y de haberse habituado á separarlas así á la accion de la ley *per sacramentum* y al colegio de los centumviros, se concluyó por no gastar tantos cumplimientos y por levantar simplemente una fórmula para sostener directamente que tal cosa le pertenecia á uno: «SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.»

La pena tampoco no era más que pecuniaria; pero, como verémos, se halló un remedio á este inconveniente: esta fórmula se llamó *formula petitoria*. Desde luégo, como dice Gayo, se presentaron dos caminos para reclamar un derecho real por sistema formulario: se puede obrar ó *per sponsionem* ó *per formulam petitoriam* (1). De la una se habia pasado á la otra. Estas dos formas de vindicaciones formularias se aplicaron sucesivamente á la propiedad de las cosas corpóreas, á las servidumbres y hasta á la peticion de herencia. Ciceron conocia ya una y otra (2); pero como respecto de la herencia no menciona más que la alternativa, ó de la accion de la ley *per sacramentum*, ó de la *sponsio* (3), se puede conjeturar que la *formula petitoria* no se habia aplicado todavía en esta época á la peticion de la herencia, pero indudablemente lo estaba en tiempo de Gayo (4).

Hé aquí, pues, el procedimiento formulario llegado á su complemento de extension. De las obligaciones de cualquiera especie ha pasado á los derechos reales, y los abraza todos. Los centumviros, el *sacramentum*, quedan como instituciones legales para las cuestiones de estado, de propiedad quiritaria y de herencia; pero los ciudadanos en la práctica son libres de recurrir al uso de las fórmulas áun para estos objetos, y recurrian por lo comun, empezando desde entónces, si no de derecho, por lo ménos de hecho, esa decadencia del colegio de los centumviros que se advierte en la historia. Tómese por tipo lo que acabamos de observar respecto á los derechos reales, y tendrémos una gran luz sobre el modo con que ha prevalecido y sobre la marcha gradual que se ha seguido en la introduccion de las fórmulas para uso de los ciudadanos y para su extension.

Ahora, si buscamos el sentido técnico de la palabra *actio* y las

(1) Gay. Com. 4. § 91: «..... In rem actio duplex..... aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem.»

(2) CICER. *In Verr.* II. 12. refiere precisamente un ejemplo de *formula petitoria*.

(3) Véase la nota de la página precedente.

(4) Dig. 5. 3. *De hereditat. petit.* 3 y 10. f. de Gay.

denominaciones especiales que á él se refieren en el procedimiento por fórmulas, encontrarémos tal vez explicaciones satisfactorias. Comprendemos por qué *actio* en este sistema indica más especialmente el derecho conferido en cada causa por el magistrado de perseguir ante un juez lo que se nos debe : «*Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi*» (1); y en sentido figurado la *formula*, que resume y expresa este derecho, ó el *judicium*, la instancia que se organiza por la fórmula : de modo que estas tres palabras, *actio*, *formula*, *judicium*, se toman aquí por lo regular como sinónimos (*General. del derecho rom.*, páginas 147 y 157). Mas en particular *actio* no se aplica más que á las persecuciones de obligaciones, ó en otros términos, á las acciones personales, siendo la palabra propia para las reclamaciones de propiedad la de *petitio* (2); y esto por una razon histórica muy clara, cual es que las fórmulas no se empleaban en su principio más que en materia de obligaciones, teniendo lugar la peticion ante el colegio de los centumviros.

Así tambien la definicion de la palabra *actio* por los jurisconsultos romanos, tal como acabamos de citarla, no se refiere más que á las obligaciones, ni habla más que de deuda (*quod sibi debeatur*). —En fin, por un vestigio del lenguaje de las antiguas acciones de la ley, la palabra *vindicatio* ha quedado siempre reservada á las acciones reales, áun intentadas por la vía formularia, aunque no haya ya *vindicta* ni ceremonia que se refiera á ella; y la de *condictio* á cierta clase numerosa de acciones personales, aunque el demandante no llegue á denunciar á su adversario *condicere*) (3). En cuanto al recurso ante el magistrado para que conozca del negocio y le resuelva él mismo extraordinariamente, es decir, sin instancia ante un juez, se llama *persecutio;* y esta distincion trilógica : *actio*, *petitio*, *persecutio*, ha pasado casi sacramentalmente al formulario de la práctica romana (4).

---

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 51. f. de Cels.

(2) Ib. 28. f. de Papin : «*Actio* in personam inferetur ; *petitio*, in rem ; *persecutio*, in rem vel in personam.»

(3) Gay. Com. 4. § 5 : «Appellamus autem in rem quidem actiones *vindicationes*, in personam vero actiones quibus dare facere oportere intenditur *condictiones*. Condicere est enim, denuntiare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus condictionem, actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere ; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.»

(4) Hé aquí un fragmento de Ulpiano en que todo esto se halla en cierto modo resumido: «*Actionis* verbum et speciale est et generale : nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit, petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere : *petitionis* autem verbo in

### *Organizacion del poder jurídico y judicial bajo el régimen del procedimiento formulario.*

La revolucion verificada en el procedimiento por la adquisicion gradual del sistema formulario no ha hecho una modificacion considerable en la organizacion de las autoridades jurídicas ó judiciales. Los cambios acaecidos en esta materia durante el sistema formulario se refieren, no á este sistema en sí mismo, sino á los acontecimientos políticos que se desarrollaron.

Así, los concernientes á las jurisdicciones han sido producidos principalmente por el acrecentamiento de la poblacion, por el aumento del número de provincias y el desarrollo de su organizacion, por la institucion del poder imperial, por la creacion de nuevas magistraturas de su invencion; al paso que los concernientes á los jueces, es decir, la institucion de las listas que de ellos se hacian y publicaban anualmente, y la division de estas listas en las diversas curias (*Hist. del der.*, núm. 52, pág. 201), dependian del resultado de la lucha entre las várias órdenes de ciudadanos, y del desnivelamiento verificado progresivamente entre esas órdenes.

Sin embargo, hay dos cambios que pueden atribuirse en gran parte con justa razon á la adopcion y á la extension del sistema formulario. — 1.° La decadencia gradual de la institucion del colegio de los centumviros, por el cual se habia conservado legalmente el procedimiento del *sacramentum*, pero que la práctica abandonaba á medida que el procedimiento formulario se generalizaba cada vez más. Las contestaciones sobre la validez, sobre la ruptura de los testamentos y sobre la querella de inoficiosidad, fueron las últimas causas que les quedaron. — 2.° La aplicacion á los ciudadanos, en ciertas causas, del juicio por recuperadores:

rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem.» (Dig. 50. 16. *De verb. sign.* 178. § 2. f. de Ulp.) — Véase tambien, ibid. 49. f. de Ulp.: «Æque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in *actionibus*, *petitionibus*, *persecutionibus.*» — Y el fragmento de Papiniano citado en la nota 2 de la página precedente. — Y la fórmula de la estipulacion aquiliana. «Quarumque rerum mihi tecum *actio*; quæque adversus te *petitio*, vel adversus te *persecutio* est eritve» (p. 396 y 397.). — Y la de la caucion que debe dar el procurador: «non petiturum eum cujus, de ea re *actio*, *petitio*, *persecutio* sit.» (Dig. 46. 8. *Rat. rem. hab.* 23. de Julian.)

institucion ideada en su orígen para los extranjeros (*Hist. del derecho*, núm. 35, pág. 137). Por el contrario, bajo este período, el *unus judex* ó el *arbiter*, exclusivamente peculiares en otro tiempo de los ciudadanos, pudieron darse tambien para los pleitos entre extranjeros ó entre romanos y extranjeros (1); fué en cierto modo una comunicacion recíproca, continuacion de esa tendencia contínua á nivelar las dos situaciones (2). En las provincias, los jueces, aunque inscritos en unas listas que los gobernadores formaban á imitacion de lo que se practicaba en Roma, se llamaban todos recuperadores, y no debe confundírseles con los recuperadores de Roma.

Nada más añadirémos sobre este punto al cuadro compendiado que hemos presentado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, pág. 107.

### *Partes principales de las fórmulas* (partes formularum).

Hemos visto en consecuencia de la aplicacion de la fórmula á los pleitos de los ciudadanos, las cuatro partes que en ellas se distinguen.

1.° La *dĕmonstratio*, que indica la cosa de que se trata y los hechos invocados por el demandante como base de su pretension (*quæ præcipue ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur*); por ejemplo: «QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT»; ó bien: «QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT» (3).

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 37 y 105.—CICER. *In Verr.* II. 13. *Pro Flacco.* 21.

(2) No tenemos suficientes datos para sentar un conjunto de reglas fijas sobre la competencia de los recuperadores y sobre los casos en que debian ser nombrados: es hasta dudoso que hayan sido acordadas. Conocemos cierto número de causas especiales sometidas á su decision, por ejemplo, la del patrono que se queja de haber sido llamado *in jus* por su liberto sin prévia autorizacion del pretor (Gay. 4. § 46); los interdictos con bastante generalidad (Ibid. § 141); las omisiones del *vadimonium* (Ibid. § 185), y otras muchas que podrian multiplicarse. Mas por lo comun esto no tiene nada de absoluto, y vemos que puede darse por causas de la misma naturaleza un juez ó dos recuperadores. Habia leyes que permitian indiferentemente la dacion del uno ó de los otros (Lex THORIA, frag., sect. I, vol. 29, y sect. II, v. 22 y 26). Á veces, por el contrario, el pretor anunciaba en su edicto que daria en tal causa recuperadores, como lo indica esta fórmula en las *Notas* de VALERIO PROBO: Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. D. D. D. P. F. «*Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo, testibusque dumtaxat decem denuntianti potestatem factam.*» En fin, el magistrado, salvos los casos especialmente determinados, parece haber tenido una cierta latitud para determinarse á dar, segun las circunstancias, un juez ó recuperadores. La consideracion principal para estos últimos parece haber sido la celeridad.

(3) Gay. Com. 4. § 40.

2.° La *intentio*, en la cual el demandante resume su pretension (*qua acto desiderium suum concludit*), y que en consecuencia fija la cuestion de derecho del litigio (*Juris contentio*, segun la expresion de Gayo) (1); por ejemplo, como cuestion de obligacion: « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE »; ó bien: « QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE »; ó como cuestion de propiedad: « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE » (2).

3.° La *adjudicatio*, que da al juez la facultad de adjudicar á una de las partes un derecho de propiedad perteneciente á la otra (*qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare*); por ejemplo: « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX TITIO ADJUDICATO » (3).

4.° En fin, la *condemnatio*, que da al juez el poder de condenar ó absolver al demandado (*qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur*); por ejemplo: « JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE » (4).

Sabemos que sólo entre ciudadanos pueden constar las fórmulas de estas cuatro partes, que respecto á los extranjeros, para quienes fueron ideadas en el principio, no podia haber cuestion de derecho establecida, ni, por consiguiente, indicacion prévia de los hechos que daban orígen á semejante cuestion. Por la *demonstratio* y la *intentio* se confundian la una con la otra, ó por mejor decir, no habian sido entónces distinguidas todavía ni determinadas cada una por separado. Tambien puede notarse que la definicion y los ejemplos que de ella da Gayo no se refieren verdaderamente más que á los pleitos entre ciudadanos, como cuestion de derecho.

Pero entre los ciudadanos mismos estas cuatro partes se hallan raras veces reunidas en una fórmula sola.

La *adjudicatio* no se encuentra más que entre acciones especiales, las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*. Estas tres acciones son, pues, las únicas que pueden

(1) Ibid. § 60.
(2) Ibid. § 41.
(3) Ibid. § 42.
(4) Ibid. § 43.

ofrecer la union de las cuatro partes. Para las otras acciones del derecho civil en general quedan regularmente tres partes: la *demonstratio*, la *intentio* y la *condemnatio*.

Pero la *demonstratio* á su vez puede faltar en una fórmula de derecho civil; porque puede suceder que no haya indicacion alguna de hechos particulares que enunciar préviamente para fijar la cuestion de derecho: tal es el caso de las reclamaciones de propiedad; en efecto, el demandante sostiene de una manera general que la cosa es suya *ex jure Quiritium*, y lo prueba por todos los medios posibles, sin limitar su pretension á tal ó cual causa particular de propiedad (1). — Ademas, hay casos en que la cuestion se fija, áun cuando se trate de ciudadanos, como se fijaba antiguamente para los extranjeros, es decir, como cuestion de hecho, y no de derecho, de suerte que la *demonstratio* y la *intentio* se hallan confundidas y juntas. En todos estos casos no hay, pues, más que dos partes en la fórmula: la *intentio* y la *condemnatio*.

Puede suceder, en fin, que en ciertas causas especiales no haya ni áun *condemnatio*. Estas causas son aquellas en que se trata únicamente de obtener por decision judicial la comprobacion de una edad ó de un hecho; por ejemplo, la paternidad, la cualidad de patrono, la cuota de la dote y otras muchas semejantes, de que no se pretende deducir inmediatamente una condena, pero de que se sacará más tarde ventaja, ya para otro proceso, ya de cualquiera otra manera. La fórmula en estos casos no contiene absolutamente más que la *intentio*, y lleva el nombre de fórmula prejudicial (*præjudicialis formula*) ó simplemente *præjudicium* (2). Por algunos fragmentos de Gayo y de Paulo se puede conjeturar con MM. Heffter y Zimmern que estaba concebido en estos términos: *Judex esto*, PRÆJUDICIO QUÆRITO, AN..... etc, ó simplemente: JU-

(1) Dig. 44. 2. *De except. rei jud.* 14. 2. f. Paul: « Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico: omnes causæ una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. » — Consúltese ibid. 11. §§ 1 y 5. f. de Ulp.; 30. pr. f. de Paul.

(2) Ya Teófilo en su paráfrasis nos daba esta definicion de la accion prejudicial, bajo el punto de vista del sistema formulario: « *Præjudicium vero est formula ex sola intentione constans. Neque enim condemnationem in se habet.* » (THEOPH. Institut. 4. 6. § 13.) Por esta definicion, muy poco inteligible para los comentadores, era el objeto de sus críticas hasta que el descubrimiento del manuscrito de Gayo ha venido á explicárnosla (Gay. Com. 4. § 44).

DEX ESTO..... AN (1). Ya tendrémos ocasion de volver á ocuparnos de ella.

De todas estas partes la *intentio* es la más importante ; es la parte vital : sin ella no puede existir fórmula : de ella tomaron las acciones la mayor parte de sus caractéres y divisiones, y en ella pueden los errores ó las exageraciones del demandante tener para él consecuencias más perjudiciales (2).

La *condemnatio*, que en su orígen primitivo fué siempre pecuniaria, porque emanaba, no de un derecho de propiedad, ni de un derecho de obligacion reconocido por la ley civil, sino sólo del poder del pretor, siguió conservando este carácter, áun cuando las fórmulas se aplicaron á los ciudadanos, y esto no sólo en materia de obligaciones, sino en materia de propiedad y demas derechos reales. El juez, cuando condena, no lo hace nunca más que en una suma determinada de dinero.

En cuanto al importe de esta suma, la fórmula dejaba al juez, segun la naturaleza de la accion, más ó ménos latitud para fijarla. Unas veces, en las acciones, por ejemplo, en que la demanda (*intentio*) es de una cantidad cierta (*qua certam pecuniam petimus*), esta cantidad está formalmente determinada en la *condemnatio:* « JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE. » Y el juez no puede condenar ni en más ni en ménos sin hacer suyo el pleito. Otras veces, por ejemplo, en las acciones en que la demanda es una cosa indeterminada (*veluti si incertum aliquid petamus*), la *condemnatio* señala al juez un límite (*aliqua præfinitio*), una tasa (*taxatio*), un *maximum* que no podia exceder, sin hacer suyo el pleito, aunque sea libre de rebajar dicha tasa : « EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE. » En algunos casos particulares este límite, esta tasa es más vaga ; no está rigurosamente reducida, como la que precede, á una cantidad fija, sino sólo á alguna circunstancia indeterminada y que el juez deberá apreciar : tales son, por ejemplo, las acciones en que el demandante no debe ser condenado más que en el exceso de lo que se ha aprovechado, y del importe del peculio (DUNTAXAT *de eo quod in rem versum est et de peculio*), ó de lo que sus facul-

(1) Gay. Com. 3. § 123. — Paul. Sent. 5. 9. *De stip.* § 1.
(2) Véase especialmente lo concerniente á la plus peticion. Gay. 4. §§ 53 y sig.

tades le permitan hacer (DUNTAXAT *in id quod facere potest*) (1). Gayo no ha hablado de esta especie de *taxatio*, y así no tenemos la fórmula técnica. En fin, en gran número de acciones, por ejemplo, en las reclamaciones de propiedad ó en la accion *ad exhibendum* (*si in rem agamus vel ad exhibendum*), tiene el juez toda la latitud en su apreciacion, y no se le impone ningun límite: «QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO»; ó bien: «QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA»: ésta es la *intentio*: y segun ella, se sigue la *condemnatio* indefinida: «EJUS JUDEX N. N. A. A. CONDEMNATO, etc.»; ó bien: «QUIDQUID PARET..... etc.» (2).

Por el órden en que hemos puesto estos ejemplos se ve que el poder del juez va sucesivamente en aumento: al principio una suma determinada (*certa pecunia*); en seguida un *maximum*, un límite en dinero (*taxatio certa pecunia*); despues de un límite tomado en una circunstancia indeterminada (que puede llamarse *taxatio incerta*); y en fin, latitud ámplia y completa (*infinita condemnatio*). De la *condemnatio* se dice que es en el primer caso *certæ*, y en los demas *incertæ pecuniæ*; y en éstos, *cum taxatione* ó *sine taxatione* (3).

El principio de que la condena es siempre pecuniaria, ventajoso porque reduce todo negocio á su última y más sencilla expresion, á saber, la absolucion del demandado, la necesidad más propicia para él á la ejecucion forzosa, la de pagar una cantidad pecuniaria, este principio no deja de tener un grave inconveniente; y es que el demandante, en lugar de la cosa que pide, no debe obtener por la sentencia más que una suma de dinero; inconveniente que se deja sentir, sobre todo, en las reclamaciones de propiedad. Siendo la *intentio* de la fórmula: «Si está probado que tal esclavo ó que tal campo, tal edificio pertenece á Aulo Agerio segun el derecho quiritario», se conoce cuánto se aleja del fin de esta conclusion: «Juez, condena á Numerio Negidio á que dé á Aulo Agerio la cantidad en cuestion»: «QUANTI EA RES ERIT, TANTAM

(1) Véanse §§ 36, 37, 38, 40, y tít. 7. § 4. — Dig. 15. 1. *De pecul.* 2. f. Pom. 5. pr. y § 1, 30. §§ 1, 36 y 44. f. de Ulp. — 5. 1. *De judic.* 57. f. de Ulp. — 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 6. § 12. f. de Ulp. etc. — 4. 3. *De dolo.* 17. §. 1. f. de Ulp. — 5. 3. *De hered. petit.* 20. § 6. f. de Ulp., etc.

(2) Gay. Com. 4. §§ 47. 131 y 136.

(3) Véase sobre todo esto á Gay. 4. §§ 48 y sig.

PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA.» Tambien en estos casos de acciones reales, y áun en algunos otros en materia de obligaciones, la fórmula de la *condemnatio* recibió una modificacion importante por la simple adicion de estas palabras : NISI RESTITUAT (1) ; ó, por ejemplo, si se trata de un campo, como en la fórmula que nos ha trasmitido Ciceron : «NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUATUR» (2), ó áun quizá en ciertos casos de obligaciones en que no se trata de restituir : « *neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit.* » Por la adicion de estas solas palabras, el poder de condenar, conferido al juez, está especialmente subordinado á esta circunstancia, que el demandado no haya restituido ó no haya satisfecho al demandante: y de aquí respecto al juez esta atribucion particular de decidir, ántes de condenar ó absolver, si el demandante está ó no obligado á restituir, á dar satisfaccion, y en caso de afirmativa, de mandar esta restitucion, esta satisfaccion, ya inmediata, ya dentro de un plazo fijado por él. Esta órden prévia del juez se llama *jussus*, y este poder *arbitrium* (3). Si el demandado se somete á él y le ejecuta, de grado ó por fuerza (*manu militari*), el demandante obtiene así directamente la cosa misma pedida por él, y el demandado es absuelto. Si, por el contrario, no se verifica la restitucion, entónces se pronuncia la condena pecuniaria contra el demandado, muchas veces áun con más rigor, porque se hace en parte á título de pena por no haber restituido. Se ve que en el fondo hay un medio ingenioso de proveer al inconveniente de las condenas pecuniarias, puesto que no se recurre á ellas más que cuando la restitucion no ha podido tener lugar. Se ve igualmente que la adicion de estas palabras, NISI RESTITUAT, confiere al juez un nuevo poder enteramente especial, el de dar su *jussus*. Sin embargo, los jurisconsultos romanos no le han considerado como una parte especial de la fórmula. Se coloca en seguida de la *intentio*, ó más comunmente se incluye en la *condemnatio*, que modifica, y de la que hace parte.

No puede darse condena más que contra el demandado ; sólo contra él se halla formulada y puede ser pronunciada (4). Si el

(1) Gay. Com. 4. § 47.
(2) CICERON, *In Verr.* II. 42.
(3) Más adelante, § 31. — Gay. Com. 4. § 163. — Dig. 6. 1. *De rei. vindic.* 68. f. de Ulp.
(4) En algunas acciones especiales, las acciones divisorias, puede haber condena contra cual-

juez no condena, debe absolver, salvos algunos casos excepcionales, tales como los de las acciones prejudiciales; sólo por uno de estos dos actos llena su cometido.

*Partes accesorias* (adjectiones): *Prescripciones* (præscriptiones, præjudicia).—*Excepciones*, *réplicas*, *dúplicas*, *contraréplicas*, *etc.* (exceptio, replicatio, duplicatio, triplicatio, etc.).

Las cuatro partes que acabamos de dar á conocer son las partes principales de las fórmulas; pero la práctica progresiva del sistema, la variedad de los negocios, y sobre todo, los continuados esfuerzos de la jurisdiccion pretoriana para templar los rigores del derecho civil, han hecho nacer la necesidad de ciertas cláusulas accesorias, que es útil añadir en ciertos casos y se llaman por eso *adjectiones* (1).

Semejantes adjunciones pueden presentarse, ya al principio de la fórmula, ya en la *demonstratio*, ya en la *intentio*, ya, en fin, en la *condemnatio*.

A veces entra en el interes del demandante (*actor*) insertar en la fórmula, áun ántes de la expresion de su *intentio*, ciertas restricciones para que no se atribuya á su demanda más extension que la que él quiera, ó ciertas explicaciones que han de servir para determinarla. Por su parte el demandado (*reus*) puede tener que insertar contra la accion del demandante ciertas reservas prévias.

Por ejemplo, si el demandante en virtud de una estipulacion en que se le ha prometido cierta cantidad anual ó mensual, queriendo hacerse pagar los plazos vencidos, obrase por esta fórmula general é ilimitada (*formula incerta*), cuya *intentio* está concebida en estos términos: «QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE», ¿qué sucederia? Segun los principios del derecho civil, como la obligacion producida por semejante estipulacion, aunque tenga por objeto prestaciones sucesivas, forma un derecho único, el demandante se encontraria con que habia deducido *in judicium* su derecho por completo, la *con-*

quiera de las partes, porque cada una de ellas es á la vez demandante y demandado (Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 37. § 1. f. de Ulp.—10. 1. *Fin. reg.* 10. f. de Julian).

(1) Gay. Com. 4. § 129: «Quorum omnium adjectionem usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit.»—Ibid. § 130: «Quæ receptæ sunt.»

*demnatio* no le concederia, sin embargo, más que plazos exigibles, y por todo lo demas fenecia su derecho como habiendo obrado ántes de tiempo. Y así le importa expresar que limita su demanda sólo á lo que ha vencido de la obligacion. Lo mismo sucederia si queriendo obrar en virtud de una compra (*ex empto*), sólo para hacer la mancipacion del fundo comprado emplease sin restriccion esta fórmula general (*incerta*): « QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTET», empleaba toda su accion de compra y no podia más tarde intentar la misma accion para otro objeto, por ejemplo, para pedir la tradicion (*de vacua possessione tradenda*). Así, pues, está en su interes hacer explicar en la fórmula que reduce su demanda á la sola emancipacion del fundo comprado. Estas restituciones se hacen por medio de una cláusula escrita al principio de la fórmula, y cuya redaccion es más usual en estos términos: «EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT» (*que esta accion tenga lugar para aquello cuyo plazo haya vencido*); «EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO» (*que esta accion tenga lugar para la mancipacion del fundo*). A veces se añadia la cláusula restrictiva á la demostracion, mezclada con ella y en cierto modo en su lugar (*loco demonstrationis*), con las palabras preliminares ó sin ellas, EA RES AGATUR; por ejemplo: JUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET», etc.; ó tambien: «JUDEX ESTO. EA RES AGATUR, QUOD AULUS AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUOD NOMINE NUMERIUS NEGIDIUS SPONSOR EST, CUJUS REI DIES FUIT.....», etc.—Esta especie de *adjeciones* se llama prescripciones (*prescriptiones*), precisamente por el sitio que ocupan en la fórmula: *Præscriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est*» (1). Las que acabamos de ver se han admitido en interes del demandante (*receptæ sunt pro actore; ab actore proficiscuntur*); y los dos casos que hemos citado, segun Gayo, no deben tomarse más que como dos ejemplos, propios para darnos una idea de su utilidad y de su uso, que por lo demas parecen haber tenido una aplicacion más extensa.

---

(1) Véase sobre este punto Gay. Com. 4. §§ 130 á 138.—Los §§ 134 y 155 son relativos á otro ejemplo de estas prescripciones, *la præscriptio de pacto*.

El uso que introdujo estas prescripciones en interes del demandante ha introducido tambien un cierto número en interes y prenda del demandado (*quædam et pro reo opponebantur*). De las cuales citarémos tres especies particulares y muy notables.

Puede suceder que dos pleitos, uniéndose á hechos comunes, se liguen entre sí de modo que la solucion del uno debe influir, ya directa, ya indirectamente, en la del otro; en una palabra, que una de las decisiones debe establecer para el otro un juicio preparatorio, debe suministrarle un prejuicio cualquiera (*aliquod præjudicium*). En este caso, si una de las cuestiones es principal y la otra accesoria, consecuencia de ella, la razon dicta que esta última no se examine la primera, y venga á producir juicio preparativo contra la otra. Si el carácter de dependencia de la una respecto de la otra no es tan marcado, pueden determinar la eleccion otras consideraciones : por ejemplo, lo que ofrece mayor interes, lo que entra en las atribuciones de la jurisdiccion ó de la antoridad más elevada debe examinarse ántes. En fin, en caso de igualdad, de identidad entre ellas, lo mejor es juzgarlas juntas (1). Si, pues, se presenta por el demandante una de estas causas subordinada ó inferior, ó cuando más, igual á otra contra la cual pueda causar perjuicio, el demandado tiene interes en separarla por este motivo, y lo consigue haciendo insertar al principio de la fórmula una *præscriptio* concebida en estos términos : «EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM...... NON FIAT» (*que tenga lugar esta accion, si por ella no se prejuzga tal otra causa*). Por ejemplo, si reclamando el demandante como heredero un objeto particular de la sucesion, ú obrando en particion de herencia (*familiæ erciscundæ*), el demandado le niega la calidad de heredero, hay en ello una cuestion principal. ¿Es heredero ó no? Las otras dos cuestiones, á saber: ¿puede reclamar la cosa hereditaria? ¿puede obrar la particion? no son más que accesorios corolarios. En consecuencia, si se intenta desde luégo ésta, el demandado hace insertar en la fórmula esta prescripcion: «EA RES AGATUR, SI IN EA RE PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT» (2). Esta prescripcion, relativa á la cuestion de herencia, designada por los jurisconsultos con el nombre de *præscriptio quod præjudicium hereditati non fiat* (3), es una

(1) Tenemos un ejemplo de este último caso, Dig. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. § 8. f. de Ulp.
(2) Gay. Com. 4. § 133.
(3) Dig. 5. 3. *De hered. pect.* 25. § 17. f. de Ulp.—44. 1. *De except.* 13. f. de Jul.

de las que recibian mayor número de aplicaciones y que con más frecuencia se presentaban en la práctica (1). Encontramos otros varios ejemplos de prescripciones semejantes, como la de por cuestiones de estado (2), la de *quod præjudicium prædio non fiat*, la de *quod præjudicium fundo partive ejus non fiat* (3), que debian multiplicarse hasta el infinito. Las prescripciones de esta clase llevaban tambien el nombre genérico de *præjudicia*, debiendo no confundirlas bajo esta denominacion con la *præjudicia* ó acciones prejudiciales de que ya hemos hablado anteriormente, pues son dos acepciones distintas de la misma palabra, no obstante haber entre ellas cierta analogía, y á veces una relacion íntima (4).

Las prescripciones por parte del demandado podian tener otro fundamento que el precedente. Si, por ejemplo, el demandado pretende que el *forum*, ó en otros términos, si el magistrado ante quien comparece es incompetente, ya á causa de la situacion de las cosas litigiosas, ya por el domicilio, debe ponerse al principio de la fórmula una prescripcion que se designa en los textos con el nombre de *præscriptio fori* (5), para que el juez, ántes de todo, examine y compruebe los hechos que darian lugar á la incompetencia.

En fin, la especie siguiente de prescripcion es de un interes particular y muy notable. En virtud, ya de las disposiciones, ya de los edictos pretorianos, ya de las constituciones imperiales, no podian intentarse ciertas acciones más que en un plazo determinado; tales eran la mayor parte de las acciones pretorianas, que no se concedian más que por un año; tal era tambien, por ejemplo, la reclamacion de ingenuidad por un liberto, accion que no

---

(1) Dig. 4. 8. *De recept.* 32. § 10. f. de Paul.—5. 3. *De hered. pet.* 5. § 2. f. de Ulp.: «Eorum judiciorum quæ de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium ejus fieri debeat», 7. pr. y § 1. f. de Ulp. «*Ne præjudicium de testamento cognituro faciat*»; 25. § 17. f. de Ulp. —10. 2. *Famil. ercisc.* 1. § 1. f. de Gay., etc.

(2) Dig. 37. 10. *De Carbon. ed.* 3. 8. f. de Ulp. «*Ne aliquod præjudicium fiat impuberi per puberis personam.*»—40. 14. *Si ingenuus esse dicet.* 6. f. de Ulp.—Cod. 3. 8. *De ord. jud.* 2. const. de Anton.—Véase tambien la prescripcion, *Si præjudicium non fiat ei qui ante quinquenium decessit.* Dig. 40. 15. *Ne de statu defunctorum post quinquenium quæratur.*

(3) Dig. 44. 1. *De except.* 16 y 18. f. de Afric.—En Ciceron se halla indicada una prescripcion semejante, *De invent.* II. 20.

(4) Por lo comun hay que recurrir á una accion prejudicial para hacer juzgar y justificar el hecho dominante, cuando se opone á la prescripcion, *quod præjudicium non fiat.* Véase un ejemplo, Dig. 40. 14. 6. f. de Ulp.

(5) Dig. 2. 8. *Qui satisd. cog.* 7. pr. f. Ulp.—5. 1. *De judic.* 50 y 52. §§ 23 y 3. f. de Ulp., donde hallamos los ejemplos de esta prescripcion. Cod. de Teodosio, 11. 30. *De appellat.* 65. const. de Honor. y Teod. «Præscriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas.»—Reproducido en el código de Justiniano, 8. 36. *De except.* 13.

se admitia pasados cinco años despues de la manumision (1). Si se intentaba una de estas acciones, el demandado alegaba haber espirado el plazo, y estaba interesado, en caso de contestacion sobre este punto, en hacer insertar al principio de la fórmula una prescripcion, que se llamaba *præscriptio temporis*, *annalis præscriptio;* por ejemplo : «EA RES AGATUR SI... etc.» (*Que tenga lugar esta accion, si desde tal hecho no ha transcurrido tanto tiempo*).—Lo mismo si el poseedor de un fundo provincial, despues de diez años ó veinte, segun el caso, de posesion de buena fe, era demandado para la restitucion por el propietario, sabemos que podia, en virtud de los edictos, insertar contra esta accion al principio de la fórmula una prescripcion llamada *præscriptio longi temporis;* por ejemplo : «EA RES AGATUR SI..... etc.» (*Que tenga lugar esta accion si no hay posesion de largo tiempo*) (2). Esta última especie de prescripciones tiene de notable que, áun despues que el sistema formulario cayó completamente en olvido, y despues de modificado sensiblemente su carácter, son las que han conservado la antigua denominacion de *præscriptiones*, y las que le han trasmitido hasta nuestros dias, sin que por lo comun nos demos cuenta de su orígen histórico.

Vemos, en suma, que las *præscriptiones* se insertan en provecho del demandante ó del demandado (*ab actore vel a reo proficiscuntur*), que han sido recibidas por la práctica (*receptæ sunt*), y que se añaden, ya al principio de la fórmula, ya en la *demonstratio*, pero siempre ántes de la *intentio*, de donde les viene el nombre de *præscriptio*.—Vamos á hablar ahora de otras *adjectiones*, que se ponen por lo regular en la *intentio* y á veces en la *condemnatio*.

Podia suceder que la accion pedida al magistrado por el actor estuviese legítimamente fundada en derecho civil; que justificada la *intentio* ante el juez, debia segun el rigor de este derecho pronunciarse la *condemnatio* contra el demandado, y que sin embargo, segun ciertas circunstancias particulares, tomadas en consideracion por el pretor ó por la jurisprudencia, se considerase semejante condena como inícua, ó por lo ménos como improcedente: (*Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari*) (3). El pretor en este caso no se pone en lucha

(1) Dig. 40. 14. *Si ingenuus esse dicetur*. 2. § 1. f. de Satur. y 5. f. de Papin.
(2) Véase t. I, p. 416 y sig.
(3) Gay. Com. 4. § 116.

abierta con el derecho civil, sobre todo si las circunstancias particulares alegadas en favor del demandado son contestadas y necesitan justificarse. El pretor concede, pues, al demandante la accion solicitada, pero á continuacion de la *intentio* añade una cláusula accesoria que subordina la condena al caso en que tal circunstancia especial no existiese. Por ejemplo, si obrando el demandante en virtud de una estipulacion, por la cual se le han prometido 10.000 sestercios, alega el demandado habérsele perdonado esta suma por un pacto posterior, ó bien habérsele arrancado la promesa por dolo : como que el pacto no es, segun el derecho civil, uno de los modos de disolverse las obligaciones procedentes de estipulaciones, y no siendo tampoco, segun el mismo derecho, el dolo causa de nulidad de semejantes obligaciones, la accion existe y el pretor deberá concederla; y la *intentio* se pondrá así : «SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO X MILLIA DARE OPORTERE»; pero inmediatamente despues se añadia como una condicion : «SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR»; ó bien para el caso de dolo : «SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT.» De modo que el juez no deberá condenar más que en dos casos : 1.°, si la alegacion formulada por el demandante en la *intentio* está justificada; y 2.°, si la alegacion formulada por el demandado en la cláusula accesoria no lo está. Así la condena, que ya era condicional, se hace doblemente tal; la *intentio* es una condicion afirmativa, SI PARET ; y la cláusula accesoria una condicion negativa, SI NON, SI NIHIL; y esta cláusula se llama una excepcion (*exceptio*), porque excluye en un caso dado lo que se ha sentado en la *intentio* (1).

El demandante podia, á su vez, invocar alguna consideracion análoga para excluir la excepcion del demandado, que es lo que se llama una réplica (*replicatio*), la cual no es otra cosa que una excepcion contra la excepcion : «*Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones..... ut exceptiones excludant*» (2), y que se formula lo mismo : SI NON, etc. (3). Siguiendo la misma idea se encuentra la dúplica (*duplicatio*), la tríplica (*triplicatio*), y así por este órden.

(1) Gay. Com. §§ 115 y sig.
(2) Dig. 44, 1. *De except.* 2. § 1. f. Ulp.
(3) Véase Gayo, Com. 4. §§ 126 y sig.

Los ejemplos que acabamos de dar nos han presentado la excepcion inserta á continuacion de la *intentio*: la cual, algunas veces, aunque no tantas, se incluia en la misma *condemnatio*. Así, por ejemplo, la tasacion indeterminada de la condena *in id quod facere potest*, de que hemos hablado, y que se formula en estos términos: «AULO AGERIO NUMERIUM NEGIDIUM DUNTAXAT IN ID QUOD FACERE POTEST CONDEMNA», está calificada de excepcion en los textos y designada con el nombre de *exceptio quod facere potest* (1).— Y probablemente, aludiendo á esta doble colocacion, porque la excepcion puede añadirse, ya á la *intentio*, ya á veces á la *condemnatio*, es por lo que la define Ulpiano así: «*Exceptio dicta est cuasi quædam exclusio, quæ opponi cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est*» (2).

Es indudable que esta cláusula particular NISI RESTITUAT, que se insertaba en ciertas acciones, y de que ya hemos hablado arriba, era una especie de adjuncion (*adjectio*) que modificaba notablemente la mision del juez; debe notarse que estaba formulada en los mismos términos que una excepcion, NISI, NEQUE, lo que equivale enteramente á SI NON, y se colocaba como la excepcion, ya á continuacion de la *intentio*: «SI PARET FUNDUM CAMPENATEM DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM AULO AGERIO ESSE, NEQUE IS FUNEUS AULO AGERIO RESTITUATUR (3).....», etc.; ya en la *condemnatio*: «JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT, SI NON PARET ABSOLVITO» (4). Sin embargo, no hallamos que se haya calificado en los textos de *exceptio*, ni que se la haya considerado como una *adjectio* particular.

Los efectos de las diversas adiciones á la fórmula no son los mismos. Las prescripciones por parte del demandante no tienen más objeto que el de limitar ó fijar bien su demanda, dando á conocer al juez el círculo á que está reducida.—Las prescripciones por parte del demandado son una condicion negativa puesta al ejercicio mismo de la accion: «EA RES AGATUR SI..... NON.....», etcétera (*que tenga lugar esta accion si*..... etc.) (5). Por consiguiente, el juez debe empezar por examinarlas, y si las decide

---

(1) Dig. 44. 1. *De except.* 7. pr. f. Paul. 24. 3. *Sol. matr.* 17. § 1. f. Paul.—42. 1. *De re judic.* 41. pr. f. Paul.

(2) Dig. 44. 1. *De except.* 2. pr. f. Ulp.

(3) CICERON. *In Verr.* II. 12.

(4) Gay. Com. 4. § 47.

(5) Ibid. § 133.

afirmativamente, no debe pasar más adelante; no há lugar á condenar, y mucho ménos á absolver; la accion se reputa como no bien intentada, porque no se concedia más que bajo una condicion negativa que no se ha verificado (1). En cuanto á las excepciones, son condiciones negativas puestas, no al ejercicio de la accion, sino á la condena: «SI PARET..... primera condicion, afirmativa de la *exceptio;* SI NON ó SI NIHIL....., segunda condicion negativa de la *intentio,* CONDEMNA.» Por consiguiente el juez debe empezar por comprobar la *intentio;* si la encuentra fundada, pasa á la *exceptio;* y si resuelve ésta afirmativamente, debe absolver, porque tal es el órden que le prescribe la fórmula; SI NON PARET, ABSOLVE.— La exceptio *Quod facere potest* no hacía condicional la *condemnatio;* no tiene otro efecto que el de reducir el importe; era una especie de *taxatio incerta.*

El uso de las *præscriptiones* por parte del demandante parece haberse conservado durante todo el tiempo del sistema formulario; pero áun ántes del abandono de este sistema sufrieron las *præscriptiones* por parte del demandado una metamórfosis notable, transformándose todas en excepciones. Es decir, que en lugar de esta adicion preliminar, al principio de la fórmula, EA RES AGATUR, SI..... NON..... etc., obtuvo el demandado, por el mismo hecho, esta otra adicion á continuacion de la *intentio:* SI NON, etc. No fué, por decirlo así, más que un cambio de sitio, sin otra in-

---

(1) Yo me adhiero al parecer de los que creen que las prescripciones del demandado debian, en general, examinarse ántes de la *intentio,* y que en caso de decision afirmativa no llevan consigo absolucion, y por consiguiente no concluian con el proceso. Y para esto me fundo principalmente en los mismos términos de su redaccion: «EA RES AGATUR SI..... etc.» Hallo ademas en los textos ejemplos que me parecen evidentes, en los *præjudicia,* Dig. 37. 10. *De Carbon. edict.* 3. § 8. f. Ulp.—44. 1. *De except.* 16, y especialmente 18. f. Afric.—Respecto á la *præscriptio fori,* todo el mundo está de acuerdo; ¿cómo podria el juez absolver ó condenar habiéndose reconocido incompetente la jurisdiccion de donde emana la fórmula? En cuanto á las *præscriptiones temporis,* si constituyen un obstáculo radical á la accion, consiste en que este obstáculo no es de tal naturaleza que pueda ser removido más tarde, y que en consecuencia la *præscriptio* puede siempre reproducirse, lo cual sucede asimismo con el *præjudiciumne de statu defunctorum post quinquennium quæratur* (Dig. 40. 15). Yo no creo que en su orígen, cuando eran verdaderas *præscriptiones,* hayan debido producir una absolucion; no hay que aplicarlas lo que de ellas se dedujo más tarde, en la época en que se transformaron en excepciones (Cod. 7. 33. *De præscr. long. temp.* 9. const. de Diocl. y Maxim.).—M. ZIMMERN cita en el mismo sentido los siguientes pasajes de QUINTILIANO, *Institut. orat.* VII. 5. «Cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non necesse est»; de AURELIO VÍCTOR, hablando de la *præscriptio, Ars rhet.* IV. 1: «Potius enim est, si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari»; en fin, en el Código (8. 14. *De pignor.* 5. const. de Anton. Carac.): «.....Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si..... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit.»—Puede, sin embargo, sostenerse la opinion contraria por várias razones. Véase sobre esto á M. BONJEAN, tomo I, págs. 444 y 445.

fluencia en cuanto á los efectos; cambio que se habia ya verificado en tiempo de Gayo: «*Quæ nunc in speciem exceptionis deducta est*» (1). Tambien en el lenguaje de los jurisconsultos que figuraban en el Digesto de Justiniano, las palabras *præscriptio*, *exceptio*, se tomaban frecuentemente la una por la otra, sea que las prescripciones se llamasen en él *excepciones*, sea que, á veces, aunque muy raras, las excepciones se calificasen allí de *prescripciones*. Las *præjudicia*, que no eran más que especies de prescripciones, se convirtieron en una especie de excepciones, de donde ha tomado el nombre uno de los títulos del Digesto (lib. 44, tít. 1). *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis.*

### *Del modo de redactar la fórmula.*

La fórmula, cuyos elementos acabamos de estudiar, no tenía, como las acciones de la ley, un rigor sacramental en los términos en que estaba concebida; una vez trazado el cuadro general, tal como acabamos de darle á conocer, se adoptaba la fórmula para la expresion, á los diversos casos y circunstancias.

Aunque fuese el pretor el que llevase la palabra y el que en definitiva determinase la redaccion y se la entregase á los litigantes, sin embargo, esta redaccion de la fórmula se verificaba con arreglo á las proposiciones y á las indicaciones de cada una de las partes. El demandante era el que elegia la especie de accion que pretendia deducir, y el que la hacía saber, por lo comun, designándola simplemente en el *album* cuando estaba especialmente indicada ó formulada en él (2). Despues, para redactar la fórmula de esta accion con arreglo al caso, presentaba sus *præscriptiones* si queria insertarlas (3); la *demonstratio*, segun los hechos que alegaba (4); la *intentio*, segun la pretension que aducia (5); y áun la *condemnatio*, si tenía lugar, la *taxatio* que pedia al magistrado pusiese en ella (6). Lo mismo el demandado presentaba sus

(1) Gay. Com. 4. § 133.

(2) Dig. 2. 13. *De edendo*. 1. pr. y § 1: «Qua quisque actione agere volet, eam edere debet..... § 1. Edere est (etiam) copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producta adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit.»

(3) Gay. Com. 4. § 131.

(4) Ibid. § 59.

(5) Ibid. § 41.

(6) Gay. Com. 4. § 57, y Com. 3. § 224. — Véase tambien Com. 4. §§ 35 y 36.

excepciones y sus prescripciones, á las que el demandante podia contestar por medio de réplicas, y así á este tenor (1). Presentaba estas diversas partes probablemente ya formuladas (2), y para su redaccion le servian de mucho los jurisconsultos, salvo el derecho que tenía el pretor de hacer á los litigantes las observaciones que juzgase oportunas, de insertar por su propia autoridad ciertas prescripciones ó ciertas excepciones, y áun de rehusar, segun los casos, la accion, las excepciones pedidas (*actionem denegare*) (3). El demandante podia, hasta cierto punto del procedimiento, modificar, corregir tal ó cual parte propuesta por él para la fórmula, y áun cambiar de accion; y lo mismo el demandado respecto de sus excepciones (4). En definitiva, despues de estos debates *in jure*, *pro tribunali*, decretaba el magistrado la fórmula (5), y los litigantes debian respectivamente sufrir las consecuencias de lo que se hubiese inserto sobre sus proposiciones (6).

### *De las várias especies de acciones.*

En el procedimiento formulario y en el sentido técnico dado á la palabra accion bajo este sistema, puede decirse que hay tantas acciones como derechos reclamables por esta vía. Consideradas bajo diversos puntos de vista, con relacion, ya á su orígen histórico, ya á los términos de la fórmula, ya á la naturaleza ó á la extension de los poderes del juez, ya, en fin, por otras consideraciones, se dividen estas acciones en várias clases, y como sucede en toda clasificacion, cuantos son los puntos de vista distintos, otras tantas son las diferentes divisiones. Indiquemos aquí, en pocas palabras, las más importantes.

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 133, 119, 126 y sig.

(2) Hablando probablemente en primera persona, como en el ejemplo que nos da Gayo. Com. 4. § 59; el pretor trasformaba en seguida la fórmula en su propio nombre.

(3) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 26. f. Ulp. y 27 f. Pomp.

(4) Cod. 2. 1. *De edendo.* 3. const. de Sever. y Anton. «Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas.»

(5) ASCONIUS, *In Verr.* c. 3. «Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet.»

(6) Véase sobre esto lo concerniente á la plus-peticion. Gay. Com. 4. §§ 53 y siguientes. — El demandado que habia recibido una fórmula inicua, por ejemplo, en que se habia fijado una *condemnatio* exagerada, podia ser restituido *in integrum* por el pretor, es decir, restablecido en el mismo estado que si no se hubiese concedido esta accion. No era tan fácil respecto al demandado. Ibid. § 57.

*Acciones* in rem ó in personam. — *Supuesta clase de acciones* personales in rem scriptæ. — *Supuestas acciones* mixtæ tam in rem quam in personam. — *Condicciones* (condictiones).

La division fundamental de los derechos en reales y personales, division que está en la naturaleza misma de las cosas, que es de todas las épocas y de todos los lugares, no podia dejar de tener una gran influencia sobre las acciones que tienden á hacer valer estos derechos; la ha tenido bajo el sistema de las acciones de la ley (1); la ha tenido en el procedimiento formulario, y la tuvo en las *cognitiones* ó procedimientos extraordinarios sin fórmula. En todas partes, ya bajo una denominacion, ya bajo otra, se han distinguido las acciones cuyo objeto era la reclamacion de un derecho real, de las que se dirigen al cumplimiento de una obligacion: es preciso, pues, ántes de todo, reconocer que esta distincion dimana de la naturaleza del derecho reclamado, y no del modo de proceder por fórmulas. Gayo, bajo el sistema formulario, la establece como constitutiva de la division capital de las acciones: «*Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam*» (2); y Justiniano, cuando ya no existia este sistema, lo presenta todavía en primera línea con este carácter fundamental (*summa divisio*) (3). Sin embargo, recibe del contexto de la fórmula una precision especial, que importa examinar.

Si se quiere dar la nocion de la accion real y de la accion personal, sin referirse particularmente á tal ó cual sistema de procedimiento, sino en general y para todos, hay que buscarla en la nocion misma del derecho. Es una definicion errónea, como lo ha hecho notar M. Ducaurroy, y despues de él M. Bonjean, es decir, generalizando extraordinariamente una frase de Ulpiano, que la accion real es la que se da contra todo poseedor, por la cual se persigue la cosa donde quiera que se halle (4). Lo primero, esto

(1) Así la accion de la ley *per sacramentum* era diferente, segun que se trataba de la persecucion de un derecho real ó de una obligacion, y las acciones *per judicis postulationem* y *per condictionem* no tenian lugar más que para obligaciones.

(2) Gay. Com. 4. § 1.

(3) Más adelante, § 1.

(4) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 25. pr. f. Ulp.: «In rem actio est per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet.»

no es dar á conocer su naturaleza íntima y primitiva, es querer definirla por un hecho secundario y derivado; en segundo lugar, este hecho no siempre es cierto, ni hay acciones personales, tales como la accion *ad exhibendum*, que se dan contra todo poseedor (1), y las acciones noxales, por las cuales se persigue al esclavo en poder de cualquier propietario que le tenga (2); por el contrario, la accion reivindicatoria se da á veces contra el que ya no posee (3), y hay acciones que para darse contra el poseedor exigen con él otras circunstancias que la de la posesion (4). Para proceder lógicamente hay que atenerse, pues, no á este hecho secundario, sino á la misma nocion de los derechos reales y de los derechos personales. El derecho real es aquel del cual resulta para una persona la facultad de disponer ó de aprovecharse más ó ménos de una cosa corpórea ó incorpórea, hecha abstraccion de cualquiera otra persona, y absteniéndose cada cual de ponerle obstáculos; en cuanto al derecho personal, no es más que el derecho de obligacion, que establece un vínculo particular entre dos personas, es decir, definitivamente, y dejando el estilo figurado, aquello de que resulta para una persona la facultad de obligar á otra á dar, hacer ó prestar alguna cosa. Sabemos que en el derecho real no hay, fuera de la masa general de los hombres, más que una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho, al paso que en el derecho personal hay dos personas; la una sujeto activo, la otra sujeto individualmente pasivo, y una cosa objeto del derecho (*General. del der. rom.*, p. 107 y sig.). De aquí se sigue que la accion real, en general, es aquella por la cual el demandante defiende que tiene, con exclusion de cualquiera otra persona, la facultad de disponer de una cosa corpórea ó incorpórea, ó de sacar más ó ménos utilidad de ella; y esta accion se aplica á todas las especies de derechos reales, á la propiedad, el más extenso de todos, á sus diversos desmembramientos ó derechos de servidumbre, de enfitéusis, de superficie: á los derechos de prenda, de hipoteca, como tambien á los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, y otros de esta naturaleza, relativos al estado de las personas. No hay que figurarse, como comunmente se ha creido, que el ejercicio del

(1) Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 15. f. Ulp.
(2) Más adelante, tít. 8. *De noxal. act.* § 5.
(3) Dig. 6. 1. *De rei. vind.* 27. pr. y § 3. f. Paul.
(4) Tal es la accion Pauliniana.

mismo derecho real consiste en el ejercicio de la accion, sino que se ejerce este derecho disponiendo, gozando de la cosa corpórea ó incorpórea objeto del derecho, y retirando el provecho y utilidad que nos pertenece. Si necesitamos intentar la accion, es porque nuestro derecho es desconocido, ó porque alguno pone obstáculos, y es preciso recurrir al juez para que desaparezcan estos obstáculos. En cuanto á la accion personal, es aquella por la cual el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligacion.

Si de la nocion general de la accion real y de la accion personal pasamos á la que es peculiarmente propia del procedimiento formulario, será preciso referirnos á la redaccion de la fórmula, no en todas sus partes, sino especialmente en su *intentio*. Atendiendo á la vez Gayo á la naturaleza del derecho reclamado y á la concepcion de la *intentio* de la fórmula, define así la accion real y la accion personal: «*In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus dare facere præstare oportere.* — § 3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi-fruendi, eundi agendi,* etcétera.» — Desde luégo hay que notar que esta definicion se aplica exclusivamente á las fórmulas redactadas de modo que se fije una cuestion de derecho (*in jus conceptæ*). Y en efecto, no sucede más que en estas fórmulas en que el demandante sostiene un derecho, ya de propiedad ó cualquiera otro derecho real (*cum rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod*), ya de obligacion (*cum intendimus dare facere præstare oportere*). En las fórmulas, tales como se concibieron primitivamente para los extranjeros, y se aplicaron en ciertos casos, áun á los ciudadanos, las fórmulas *in factum conceptæ*, no es cuestion de derechos, ni real ni de obligacion: el pretor sienta un hecho en cuestion, y en caso de afirmativa manda al juez que condene. En rigor tambien se considera generalmente en el sistema formulario como excluidas de la division del derecho civil, y no se comprenden ni en las acciones *in rem* ni en las acciones *in personam*, tales como las ha definido Gayo.

Ya dijimos (*General. del der. rom.*, p. 147 y sig.) que siendo los elementos constitutivos de todo derecho real únicamente una persona, sujeto activo, y otra, como objeto del derecho, la *inten-*

*tio* de la fórmula para fijar la cuestion de semejante derecho no tiene más que designar la persona que pretende tenerla y la cosa que es objeto de él : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » Miéntras que el derecho de obligacion, conteniendo ademas y necesariamente en tercer término el deudor, sujeto individualmente pasivo del derecho, no puede formarse este derecho en la *intentio*, sino haciendo figurar tambien á esta segunda persona como sujeto pasivo : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE PRÆSTARE OPORTERE. » Y hé aquí precisamente por qué los jurisconsultos romanos han dicho de la primera *intentio* que era *in rem*, y de la segunda que era *in personam;* y hé aquí por qué, tomando en seguida por la *intentio* la fórmula entera, y por la fórmula la misma accion, se ha llamado *actio in rem* la que tenía por objeto la reclamacion de un hecho real, y *actio in personam* la que se dirige á la persecucion de una obligacion. Efectivamente, la expresion *in rem* indica, por lo comun, en el lenguaje del derecho romano, una disposicion general, sin preferencia de persona : tal es la *intentio* en que se formula un derecho real ; y la expresion *in personam* designa una disposicion aplicada especialmente á una persona indeterminada : tal es la *intentio* formulando una obligacion. Encontramos aplicadas estas expresiones al edicto del pretor (1), á los pactos, á las estipulaciones (2) y á las excepciones (3). Cuando se les ha empleado para las acciones, no se ha hecho, pues, más que servirse de locuciones usadas y ge-

---

(1) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 1. f. Ulp. : « Prætor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur nec adjicit a quo gestum. » — 13. 5. *De pecum. const.* 5. § 2. f. Ulp. : « Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, *in rem* exactum est : non utique ut is, cui constituitur, creditor sit. » — 42. 5. *De reb. auct. jud.* 12. pr. f. Paul. : « Commodius dicitur, cum Prætor permiserit (in bona debitoris mitti non tam personæ solius petentis quam creditoribus, et *in rem* permissum videri. »

(2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 21. § 1. f. Paul. : « Et si *in rem* paciscatur (*servus*), proderit domino et heredibus ejus pacti conventi exceptio ; quod si *in personam* pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio. » — 28. § 2. f. Gay. : « Si vero *in rem* pacti sunt (filius aut servus), id est *ne ea pecunia peteretur...*, etc. » — 57. § 1. f. Florent. : « Si ex altera parte *in rem*, ex altera *in personam* pactum conceptum fuerit, veluti *ne ego petam*, vel *ne a te petatur:* heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus. » — 7. 9. *Usufruct. quem.* 5. f. Ulp. : « Huic stipulationi *dolum malum abesse*, abfuturumque esse continentur : et cum *in rem* sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum, et adoptivi patris. »

(3) Dig. 44. 4. *Doli mali except.* 2. §§ 1 y 2. f. Ulp. : « Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur : non in rem, *Si in ea re dolo malo factum est:* sed sic, *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est...*, etc. » — 4. § 33. f. Ulp. : « Metus causa exceptio *in rem* scripta est : *si in ea re nihil metus causa factum est:* ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnimo metus causa factum est in hac re a quocumque. »

nerales; y la denominacion de *actio personalis* por *actio in personam* se encuentra tambien en algunos textos (1).

Con todo, la accion real, así como la accion personal, se dirige contra una persona determinada; atacamos y pedimos la condena de aquel que pone obstáculos á nuestro derecho; si, pues, la *intentio* de la fórmula, que contiene la enunciacion del derecho, está redactada *in rem*, de un modo general y sin acepcion de persona, la *condemnatio* lo es siempre *in personam* contra el demandado, nuestro adversario: «QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.» Pero hay que adherirse á la *intentio*, como á la parte vital y esencial, para calificar toda la fórmula y la misma accion.

De lo que precede se sigue que las acciones *in rem* y las acciones *in personam* sacan de la naturaleza misma del derecho su division, y de la redaccion de la fórmula su denominacion, aunque en el fondo domina la naturaleza del derecho.

En efecto, por más que en la rigurosa definicion del sistema formulario las acciones concebidas *in factum* no sean, como ya dijimos en la página precedente, ni *in rem* ni *in personam*, porque la *intentio* no fija en ellas ninguna cuestion de derecho civil, ni real, ni de obligacion, sin embargo, en el fondo, como están deducidas de derechos semejantes, reconocidas á lo ménos por el pretor, los jurisconsultos romanos las calificaban de acciones *in rem*, ó de acciones *in personam*, hecha abstraccion de los términos de la fórmula, únicamente segun la naturaleza del derecho que pretenden hacer valer. Y así es como las acciones relativas á los derechos reales de prenda ó de hipoteca (*Serviana*, *quasi-serviana* ó *hypothecaria*), á los derechos reales de enfitéusis ó de superficie, acciones introducidas, no por derecho civil, sino por el pretor, y concebidas sólo *in factum* (2), están calificadas de acciones *in rem* (3), al paso que, por el contrario, una multitud de acciones

---

(1) Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp. —Inst. 2. 20. *De legat.* § 2. —Cod. 8. 19. *De his qui in prior.* 2. const. de Anton.

(2) Cod. 8. 33. *Si pignor. conv.* 1. const. de Sever. y Anton.: «Intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit.» Por este fragmento de la Constitucion se puede ver que la *intentio* de la accion *in rem* por prenda fijaba como cuestion, no un derecho, sino el hecho de haberse dado una prenda y no haberse pagado la deuda que garantiza.

(3) Más abajo, § 7. —Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp.: «... Qui *in rem* acturus est, qualicumque *in rem* actione: etiam pigneratitia, Serviana sive hypothecaria quæ creditoribus competunt.» —10. 3. *Comm. divid.* 7. § 12. f. Ulp.: «Pigneratitia *in rem*, etc.»

relativas á obligaciones pretorianas y concebidas puramente *in factum*, por ejemplo, la accion *constituta pecunia*, están calificadas de acciones *in personam* (1).

Le accion *quod metus causa*, que el pretor da al que ha sido perjudicado por violencia hecha á su voluntad, ofrece, bajo este aspecto, algo de más notable. Es una accion que no procede del derecho civil, y cuya fórmula estaba concebida simplemente *in factum*; pero el hecho está expresado en ella de un modo general, sin designacion de la persona autora de la violencia; porque de cualquiera parte que venga esta violencia, basta que exista para que se dé la accion *quod metus causa* contra cualquiera que se aproveche de dicha violencia, aunque sea de buena fe (2). Así sucede, diferenciándose de la accion *de dolo*, que no se da más que contra el autor del dolo ó sus herederos. En consecuencia de esto, al paso que el demandante está obligado, en la fórmula que pone en cuestion el hecho de dolo, á designar su adversario, autor de este dolo (3), en la accion *quod metus causa* debe sólo fijar como cuestion, sin atender á la persona, el hecho de saber si ha habido en el negocio violencia contra su voluntad: «*ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuise*» (4). Tambien los jurisconsultos romanos dicen que esta accion es *in rem scripta*, es decir, concebida generalmente; y sin embargo, no deja por eso de figurar, así como la accion *de dolo*, entre las acciones *in personam* (5), porque el derecho que trata de hacer valer, aunque procedente sólo del edicto del pretor, es un derecho de obligacion. Algunos intérpretes modernos han deducido de aquí una clase especial de acciones con el título de *personales actiones in rem scriptæ*; pero esta subdivision no se conoció en la jurisprudencia romana. No hay allí más que la aplicacion de este principio, que, á pesar de la redaccion general de la fórmula, predomina ántes que todo para calificar la accion, la naturaleza del derecho. Y casi en igual sentido ha dicho Ulpiano de los interdictos: «*Interdicta omnia licet*

---

(1) Más abajo, § 8 y sig.

(2) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3. f. Ulp.: «*In hac actione non quæritur, utrum is qui convenitur, an alius, metum, fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.*»

(3) Dig. 4. 3. *De dol.* 15. § 3. f. Ulp. «In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.»

(4) Dig. 4. 2. *Quod. met. caus.* 14. § 3. f. Ulp.

(5) Más abajo, § 31.

*in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt»* (1), para indicar que siendo leyes particulares, dadas especialmente para cada causa, son personales á las partes.

En fin, áun bajo el sistema formulario se decia de las *persecuciones*, por vía extraordinaria ante el pretor, que era *in rem* ó *in personam* (2), aunque se verificasen sin redaccion ni entrega de ninguna fórmula, lo cual acaba de mostrar hasta la evidencia que la division dimanaba esencialmente, y ante todo, de la naturaleza del derecho.

Si se considera la redaccion de la fórmula, no puede presentarse la idea de que una accion sea á la vez concebida *in rem* ó *in personam;* porque es imposible que el nombre del demandado sea al mismo tiempo enunciado y no enunciado en la *intentio;* pero puede suceder que la misma persona tenga relativamente al mismo objeto un derecho de propiedad y un derecho de obligacion; por ejemplo, si me ha arrendado ó confiado una cosa en depósito, tengo á la vez, respecto á esta cosa, el derecho real de propiedad en general, y ademas, en particular, el derecho de obligacion que resulta de nuestro contrato. Lo mismo los coherederos en la sucesion y los copropietarios de una cosa indivisa tienen á la vez, con relacion á esta herencia y á esta cosa, el derecho real de propiedad en general, y en particular, el derecho de obligacion procedente *quasi ex contractu*, para exigir la particion. Igualmente, si nuestros dos campos están vecinos, tengo, relativamente á mi campo, el derecho real de propiedad en general, y contra vos en particular el derecho de obligacion que resulta *quasi ex contractu*, para obligaros á fijar límites. Pero son dos derechos distintos, que se ejercen por dos acciones distintas y separadas, segun que necesito hacer reconocer el uno ó el otro. Así con relacion á la naturaleza del derecho como respecto de la redaccion de la fórmula, no podria ser la misma accion, bajo el sistema formulario, á la vez *in rem* é *in personam:* por ejemplo, cuando procedo contra vos por las acciones divisorias *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, ó por la accion para el señalamiento de límites (*finium regundorum*), persigo puramente el cumplimiento de vuestra obligacion; mi derecho de herencia ó de propiedad, léjos de debatirse y decidirse en estas

(1) Dig. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. Ulp.
(2) Dig. 44. 7. *De obl. et action.* 28. f. Papin.: «*Persecutio in rem* vel *in personam.*»

acciones, se da por supuesto en ellas; porque si se pusiese en cuestion, sería un negocio prejudicial, el objeto de un *præjudicium*, que habria que evacuar préviamente (1). Así las tres acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, son, en cuanto á la naturaleza del derecho, tres acciones *in personam*, que persiguen el cumplimiento de una obligacion nacida *quasi ex contractu*; y podemos asegurar que lo eran tambien en cuanto á la redaccion de la fórmula, aunque esta redaccion no haya llegado íntegra hasta nosotros, estando calificada de este modo en los textos (2).

Estoy, pues, convencido de que jamas ocurrió á los jurisconsultos, en tiempo del sistema formulario, considerar estas acciones á la vez *in rem* é *in personam*, y hacer de ellas una tercera clase, bajo la denominacion de acciones *mixtas*. Esto supuesto, la division de que nos ocupamos no consta más que de dos términos: acciones *in rem* y acciones *in personam*; no hay medio ni subdivision posible. Si más tarde los redactores de las instituciones de Justiniano dijeron de las tres acciones de que acabamos de hablar: «*mixtam causam habere videntur, tam in rem quam in personam*», fué en una época en que los antecedentes del procedimiento formulario se habian perdido de vista; y áun así, no forman una tercera clase de acciones las acciones *mixtas*, puesto que en esta misma legislacion de Justiniano están calificadas de acciones personales (3). Ya verémos, al ocuparnos de esta época, cómo los redactores de la Instituta llegaron á servirse de las expresiones que acabamos de citar, y qué sentido puede razonablemente atribuírseles (4).

Los nombres de *vindicatio* y de *condictio*, derivados de las acciones de la ley, se conservaron, como hemos dicho, en las acciones *in rem* y en un cierto número de acciones *in personam* del sistema formulario, aunque las solemnidades que habian dado lugar á estos

---

(1) Dig. 10. 2. *Fam. ercisc.* 1. § 1. f. Gay., en el cual se lee, sin embargo, un caso en que el juez, aunque no sea llamado á decidir la cuestion de herencia, puede examinar si las partes tienen la cualidad de herederos, 36. f. Ulp.—37. f. Scevol.—44. 1. *De except.* 18. f. Afric.

(2) Dig. 10. 1. *Fin. reg.* 1. f. Paul.: «Finium regundorum actio *In personam* est, licet pro vindicatione rei est.»— Cod. 7. 40. *De ann. except. ital.* 1. § 1. const. de Justinian.: «Omnes *personales* actiones..... neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscumque *personalis* actionis, etc.»

(3) Véase la nota precedente.

(4) Más adelante, § 20.

nombres no existian ya; pero hay, respecto á estas denominaciones, diferencias que es bueno dar á conocer.

Entre las acciones *in rem*, la que tiene por objeto la reclamacion del derecho de propiedad de una cosa corpórea se formula diciendo, no que el derecho de propiedad sobre tal cosa nos pertenece, sino que esta misma cosa es nuestra (*corporalem rem intendimus nostram esse*). Con efecto, el derecho de propiedad, como el más extenso y el más enérgico de los derechos reales, nos apropia de tal modo la cosa, que parece confundirse con ella y que es la misma que reclamamos. Tambien la accion *in rem* lleva especialmente en esta cosa el nombre de *rei vindicatio*, ó *vindicatio* por excelencia. Por el contrario, si lo que reclamamos es un derecho de usufructo, de servidumbre ó de cualquiera otra fraccion del derecho de propiedad, no podemos decir que la cosa nos pertenece; es preciso, indispensable, que indiquemos el derecho que pretendemos tener (*intendimus jus aliquod nobis competere*). No la cosa, sino el derecho, es decir, un objeto incorpóreo, es lo que indicamos. Tambien las acciones reales en estos casos están calificadas de *vindicaciones rerum incorporalium*.

En cuanto á las *condictiones*, se presentan diferencias más delicadas y más difíciles de determinar bien, y sólo la historia puede esclarecerlas y dárnoslas despues á conocer.

Las obligaciones se perseguian en el último estado de las acciones de la ley por tres especies de acciones: la *judicis postulatio*, la *condictio* y la *manus injectio*, que daba lugar sólo para algunas causas especiales á un pleito decidido por el pretor mismo, sin remision ante ningun juez: herencia que han debido recoger las acciones *in personam* del sistema formulario. Baste esta advertencia para demostrar históricamente que no han debido tomar todas el nombre de *condictiones*, puesto que una gran parte de ellas sucedian, no á la *condictio*, sino á la *judicis postulatio* principalmente.

La accion de la ley *per condictionem* tenía lugar exclusivamente para las obligaciones de transferir su propiedad (*dare*), al principio en virtud de la ley SILIA, una cantidad cierta de dinero (*certa pecunia*); y despues en virtud de la ley CALPURNIA cualquiera otra *res certa*. En primer lugar no hubo en el sistema formulario más que las fórmulas perentorias de estas obligaciones que tomasen el título de *condictiones*; heredaban á la vez la mision y el nombre

mismo de la accion de la ley, aunque no hubiese tenido lugar la declaracion llamada *condictio*. Así la *intentio* de estas fórmulas era necesariamente «DARE OPORTERE» *certam pecuniam* ó *rem certam;* expresando una obligacion de derecho civil, unilateral. Las causas que podian darle orígen son en gran número : en los contratos, los formados *re*, *verbis* ó *litteris*, á los cuales se refieren estas expresiones de Ciceron : «*pecunia data*, *stipulata, aut expensilata*» (1); en los hechos de donde proceden las obligaciones *quasi ex contractu*, el legado *per damnationem* de una cosa cierta, el pago por error de una cosa indebida : en los delitos, la repeticion en la cosa hurtada, concedida contra el ladron en derogacion de los principios; en otros muchos casos, en que, despues de haber enajenado una cosa por causas que no se han efectuado ó que son ilícitas, ó sobre las cuales es permitido retroceder, hay el derecho de exigir que se restituya la propiedad; en fin, generalmente todos los casos en que puede sostenerse, segun el derecho civil, que una persona se halla obligada unilateralmente á transferirnos en propiedad (*dare oportere*) tal cantidad precisa de dinero ó tal cosa determinada (2). Tal es la *condictio* propiamente dicha del sistema formulario : no es otra cosa más que la sucesion de la antigua accion de la ley *per condictionem*, á la que se han reunido tambien algunos casos particulares de la *manus injectio*. — De esta idea de la *condictio* propiamente dicha resulta claramente la aplicacion de la máxima de que la *vindicatio* y la *condictio* son inconciliables, y no pueden tener lugar ambas para un mismo objeto (3) : pues en la una sostenemos que tal cosa es nuestra, y en la otra que nuestro contrario se halla obligado á transferirnos la propiedad de ella. Sólo contra los ladrones y en ódio de ellos se habia admitido por acepcion tal acumulacion.

Mas con el tiempo, y á medida que era mayor el que habia trascurrido desde las acciones de la ley y de la memoria de ellas, la denominacion de *condictio* adquirió más extension. Si en vez de la obligacion unilateral y de derecho civil de dar (*dare*) una cosa cierta, se trata de una obligacion semejante de dar (*dare*) una cosa incierta; si, por ejemplo, en vez de una *res certa* es una *res in-*

(1) CICER. *Pro Rosc.* c. 5 : «Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.»

(2) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 9. f. de Ulp. : «Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, etc.»

(3) Dig. 13. 3. *De cond. tritic.* 1. § 1. f. de Ulp.

*certa*, como una cosa que se toma en un género, un usufructo, una servidumbre y otras semejantes, que ha sido estipulada ó legada *per damnationem*, la causa de la obligacion es en este segundo caso la misma que en el primero, y se ha acostumbrado igualmente á aplicar á la accion que de ella resulte el título de *condictio*. Si ha llegado al mismo resultado para los casos en que en lugar de una obligacion de dar (*dare*) se tratase, como, por ejemplo, en la estipulacion ó en el legado, de una obligacion de hacer (*facere*), como de dar caucion, de librar de una deuda, de ceder las acciones de un crédito y otras semejantes. Desde entónces el título de *condictio* se aplicó tambien á las fórmulas de *intentio incerta*, declarando un derecho de obligacion unilateral de dar una cosa indeterminada ó de hacer : «QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE.» — En este estado define Gayo la *condictio* cuando dice : «*Appellantur..... in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones*» (1). No se trata en este texto de las obligaciones de PRÆSTARE, que parecian, por consiguiente, excluidas de la calificacion de *condictiones*, áun cuando proceden de un principio unilateral y civil, como, por ejemplo, de una estipulacion ó de un legado *per damnationem*. Confieso que no veo un motivo suficiente para esto, y que me siento inclinado á no interpretar la definicion de Gayo en el sentido de esta exclusion. — Sea como quiera, se ve que la *condictio* formularia así extendida se halla absolutamente fuera de la accion de la ley *per conditionem*, y que ha entrado en el dominio que en otro tiempo pertenecia á la *judicis postulatio*. Sin embargo, no ha tomado de ella ninguno de los casos de obligaciones recíprocas y apreciables *salva fide*, á las que se aplicaba esta última accion de la ley : ha permanecido absolutamente extraña á los casos de esta naturaleza; pero sirvo como de medio y de transicion para ellos.

Ahora vamos á hallar la huella de estos recuerdos y de este desarrollo histórico hasta en el pormenor de las diversas denominaciones usadas bajo el sistema formulario á propósito de las condicciones.—Habiendo tomado la condiccion, extendida á las obligaciones inciertas, el nombre de *condictio incerti*, la verdadera y primitiva condiccion recibió, por oposicion, el de *condictio certi*.—La expresion de *condictio incerti* no se ha usado, sin embargo, sino como

(1) Gay. Com. 4. § 5.

calificacion general (1), y las acciones de esta naturaleza han solido tomar frecuentemente su nombre particular del hecho de que proceden. Así es que se ha dicho *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, cuando el objeto de la estipulacion ó del legado ha sido una *res incerta*. Aun para la *condictio certi*, el nombre de *condictio certi*, ó simplemente *condictio*, ha quedado como más especialmente propio de las acciones que nacen de los tres contratos civiles, *re*, *verbis* ó *litteris*, y del legado *per damnationem*; á los otros casos se han aplicado denominaciones particulares acomodadas á cada uno de ellos: *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data*, *causa non secuta* ú *ob causam datarum condictio ob turpem vel injustam causam*, etc. (2).—En fin, por un vínculo más estrecho, con los recuerdos de la antigua accion de la ley *per condictionem* y de su orígen primitivo, segun la ley SILIA, se ha reservado el título de *condictio certi* ó *condictio* por excelencia, más eminentemente á la condiccion por una suma determinada de dinero (*certæ pecuniæ*); y en oposicion á esto, se ha dado á todas las demas, ya ciertas, ya inciertas, la denominacion genérica de *condictio triticaria* (3), derivada del género que despues del dinero se presta más á una determinacion precisa, como es el trigo (*triticum*).

Se ve por esto que la palabra *condictio* ha sido más ó ménos extendida ó limitada en su significacion, segun los objetos á que se ha aplicado, los recuerdos históricos á que se ha referido, ó las palabras con que se ha puesto en oposicion.—En último lugar, en su mayor extension y oponiéndola únicamente á las acciones *in rem*, hasta se le ha hecho significar toda accion *in personam* (4).

Siendo las acciones ó fórmulas concebidas *in factum* extrañas por su orígen ó por su naturaleza á las cuestiones de derecho, tanto de obligacion como de propiedad, están fuera de las diversas condicciones de que acabamos de hablar. En ellas no se fija ninguna cuestion de *dare* ni de *facere*, ni áun de *præstare oportere;* y habiendo quedado redactadas como cuestiones de hecho, no puede por ningun título aplicárseles el nombre de condicciones.

---

(1) Dig. 12. 7. *De cond. sin. caus.* 3. f. de Julian.—13. 1. *De condic. furti.* 12. § 2. f. de Ulp.

(2) Dig. 12. tit. 4. y sig.; 13. tit. 1 y sig.

(3) Dig. 13. 3. *De condic. tritic.* 1. f. de Ulp. «Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petetur*, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet, etc.»

(4) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 25. pr. f. de Ulp.: «Actionum genera sunt duo: in rem, quæ dicitur *vindicatio;* et in personam, quæ *condictio* appellatur.»—Aun se hallan muchos vestigios en el Dig. 12. 1. *De jurejur.* 2. § 48. f. de Paul.

*Acciones* in jus *ó* in factum.—*Acciones directas* (directæ) *ó útiles* (utiles).—*Acciones fingidas* (fictitiæ actiones).—*Accion* in factum præscriptis verbis.

La anterior division de las acciones está fundada principalmente en la naturaleza misma del derecho que se persigue: veamos las que proceden esencialmente de los términos de la fórmula. Se presenta la primera la distincion ya expuesta más arriba, de acciones *in jus* ó *in factum conceptæ*.

Esta distincion, cuyos pormenores ofrecen alguna oscuridad, se esclareció con la sola consideracion de su orígen histórico. No olvidemos que la fórmula *in factum concepta* es el primer gérmen del sistema formulario, la redaccion primitiva tal como se ideó en su primer destino para los extranjeros, y que para estos extranjeros no podia ser de otro modo, porque respecto á ellos no podia haber cuestion de derecho civil, de propiedad ú otro derecho real ó de obligacion. El pretor ponia en cuestion un hecho y en virtud de su poder ligaba á esta solucion afirmativa la consecuencia de una condena pecuniaria. Hay que tener presente que la fórmula *in jus concepta* ha venido despues desde el momento en que se quiso hacer extensivo el uso de las fórmulas á los procesos de los ciudadanos entre sí; porque desde entónces ha habido cuestiones de derecho civil que fijar. Tambien Gayo define esta fórmula diciendo que tiene una *intentio* de derecho civil (*juris civilis intentio*), ya de propiedad ó de otro derecho real: «SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE»; ya de obligacion: «SI PARET» ó «QUIDQUID PARET FACERE OPORTERE»; ó tambien lo que parece la fórmula especial para el caso de hurto: «SI PARET PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE» (1). Muchas veces á un ojo poco ejercitado y con la lectura de toda la fórmula, la diferencia entre la redactada *in factum* y de la *in jus* parece poco comprensible (2); pero mirándolo bien, se ve que en último resultado es para el derecho real generalmente la idea y la expresion de REM

(1) Gay. Com. 4. § 45. cotejado con el § 37.

(2) Véase el ejemplo de las dos fórmulas hechas cada una para una misma causa en Gay. Com. 4. § 47, en la página siguiente, nota 1.

ESSE ó JUS COMPETERE (*rem aliquam ó jus aliquod A. A. esse ó competere*), y para la obligacion la idea y la expresion de OPORTERE (*dare, facere, præstare, ó pro jure damnum decidere oportere*), que resume y contiene esencialmente en sí una cuestion de derecho; ideas y expresiones que no se hallan en la fórmula *in factum*. Sabemos tambien por el modo de desenvolverse y completarse el procedimiento formulario, que en la redaccion *in factum*, la primera que se inventó, no se habian distinguido ni denominado en la fórmula las dos partes, que más tarde toman el nombre de *demonstratio* y de *intentio*. Sólo progresando, y en las fórmulas *in jus*, se hizo esta distincion: de suerte que no es aplicable á las fórmulas *in factum*. De esta fórmula se dice comunmente que la *demonstratio* se confunde en ella con la *intentio*, ó á la inversa, que la *intentio* se confunde con la *demonstratio*: más exacto sería decir que no tiene ni una ni otra; y en efecto, puede verse que la definicion y los ejemplos que da Gayo de ella, no se refieren más que á una fórmula redactada *in jus* (1). En cuanto á la fórmula *in factum*, no tiene más que dos partes: la una, que no se llama ni *demonstratio* ni *intentio*, que fija la cuestion del hecho segun la pretension del demandante; y la segunda, que contiene la *condemnatio*.

En suma, y como consecuencia de su mismo orígen histórico, se pueden resumir de este modo los caractéres de la accion *in factum concepta*: no fija cuestion de derecho, de donde se sigue que no tiene *demonstratio* ni *intentio* propiamente dichas; que está fuera del derecho civil; y en fin, que generalmente y en rigor permanece extraña á las principales decisiones de las fórmulas civiles (*in jus conceptæ*).

Algunos escritores han creido deber distinguir y enumerar várias especies de acciones (*in factum conceptæ*), complicando de este modo la materia y haciéndola difícil de comprender, miéntras que en el fondo no es nunca más que un modo solo y único de redaccion empleado para distintos usos.

En efecto, la fórmula *in factum concepta* fué ideada al principio para los extranjeros, pero en seguida tuvo aplicacion en várias circunstancias áun á los litigios de los ciudadanos, siendo para los pretores en materia de acciones uno de los mil medios inge-

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 40 y 41 comparados con el 60.

niosos empleados por ellos para eludir el rigor del derecho civil ó para suplir sus vacíos. Puede decirse que en general cuando el derecho pretoriano queria proveer de medios de accion en los casos en que el derecho civil no se les concedia, y en los que, por consiguiente, no era posible idear una fórmula *in jus*, uno de los expedientes más frecuentes para conseguirlo era recurrir á una fórmula *in factum*, la cual se reducia á repetir para los ciudadanos lo que al principio se habia hecho para los extranjeros.

Así los ciudadanos *alieni juris*, los hijos de familia, por ejemplo, no teniendo en el órden privado y segun el derecho civil personalidad por sí mismos, no podian poseer en su nombre ninguna accion de derecho civil (*in jus concepta*); pero el derecho pretoriano, en los casos en que le parecia equitativo, conseguia dárselas redactándolas *in factum* (1).—Es uno de uno de los motivos, sin duda, que hacian que el álbum sobre puntos de derecho civil contuviera á veces las dos especies de fórmula, la una redactada *in jus* y la otra *in factum;* y Gayo nos da un ejemplo en el depósito y en el comodato (2).

Tambien recurria el derecho pretoriano á las fórmulas redactadas *in factum*, ya para revestir de accion derechos completamente fuera del derecho civil, introducidos sólo por el edicto (3), ya para

(1) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 9. f. de Paul: « Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi *injuriarum* et *quod vi aut clam* et *depositi et commodati*, ut Julianus putat.» — 19. f. de Ulp.: « *In factum* actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.» Examínese el Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. de Ulp., en que se dice precisamente á propósito de las acciones *ex maleficio*, ó *ex contractu*, por ejemplo, *depositi*, *mandati*, etc.: «Et Juliano placet..... posse eum (filiumfamilias) *utili juditio* agere.» Luego la accion útil de que aquí se trata es una accion redactada *in factum*.

(2) Gay. Com. 4. § 47. Hé aquí la fórmula del depósito concebido *in jus:* « JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DERE AGITUR (ésta es la *demonstratio*); QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (ésta es la *intentio juris civilis*, con las expresiones características de una obligacion de derecho, *dare facere oportet*); EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO » (ésta es la *condemnatio*).—Hé aquí la fórmula basada en la misma causa, pero redactada *in factum:* «JUDEX ESTO, SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE (ésta es la primera parte correspondiente á la *demonstratio* y á la *intentio* reunidas, fijando, no una cuestion de derecho, *dare facere oportere*, sino una cuestion de hecho): QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO: SI NON PARET, ABSOLVITO.»

(3) Tenemos en otro lugar de esta obra, precisamente con motivo de la ley AQUILIA, el ejemplo de una accion útil, es decir, concedida por extension y por analogía de una accion directa, que por otra parte está concebida *in factum* y que puede llamarse por esto *actio in factum utilis ex lege* AQUILIA. Y tenemos al mismo tiempo el ejemplo de una accion creada únicamente por el derecho pretoriano, con exclusion de la ley AQUILIA, porque los hechos no presentan suficiente analogía con esta ley calificada de accion *in factum* simplemente; cotéjense sobre esta observacion varios textos del Digesto en que la accion útil de la ley AQUILIA es casi siempre calificada sólo de *actio in factum:* Dig. 9. 2. *Ad. leg. Aquil.* 7. §§ 3 y 6. f. de Ulp.; 9. pr. y § 2. f. de Ulp.; 11. §§ 8 y 10. f.

ampliar por analogía y utilidad las acciones civiles ó casos que no reunian verdaderamente todos los caractéres exigidos por el derecho civil. Estas acciones, ampliadas de este modo, son las que hemos encontrado muchas veces bajo el título de accion civil (*utilis actio*), en oposicion á la accion que procede directamente del derecho civil, llamada en este sentido accion directa (*directa actio*).

Para obtener los dos resultados de que acabamos de hablar, es decir, para investir de una accion los derechos introducidos solamente por el edicto, para sacar de su esfera las acciones civiles, recurria el pretor á dos distintos expedientes.

Frecuentemente á una fórmula redactada *in factum*: así la mayor parte de las acciones pretorianas y de las acciones útiles son acciones *in factum conceptæ*. Por lo demas, esta extension por analogía de una accion ya existente á casos ó á personas que no entran completamente en su esfera, podia llevarse hasta varios grados; y de este modo puede encontrarse la accion útil de una accion de derecho civil ó la accion útil de una accion pretoriana (1); ó en fin, áun la accion útil de una accion útil; pero es preciso no ver en esto tantas especies de acciones útiles; esto sería complicar y oscurecer inútilmente la materia. Nunca hay más que la aplicacion de la misma idea; extension por analogía y por utilidad de una accion ya existente á casos que no entran en su esfera, pero que se aproximan á ellos ó á personas á quienes en rigor no deberia darse (2).

El otro procedimiento, empleado tambien por el pretor, tenía por objeto dar, no sólo una accion *in factum*, sino tambien una accion *in jus* para derechos que no eran, sin embargo, más que pretorianos ó que se habian extendido fuera de los términos del

---

de Ulp.; 17. pr. f. de Ulp.; 29. § 7. f. de Ulp.; 33. § 1. f. de Paul.; 53. f. de Nerat. — Tenemos otros ejemplos de acciones introducidas únicamente por el derecho pretoriano y calificadas de acciones *in factum*: Gay. Com. 4. § 46. — Lo mismo en el Digesto de Justiniano: 27. 6. *Quod falso tutore*. 9. § 1. f. de Ulp.; 40. 12. *De liber. caus.* 13. pr. f. de Gay. 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 10. pr., y 14 f. de Ulp. Las acciones *quod metus causa* y *de dolo malo*, introducidas por el edicto, eran tambien acciones redactadas *in factum*.

(1) Tal es la *utilis in factum actio* de que habla Gayo, Dig. 11. 7. *De religiosis*. 7. pr. y § 1. — Asi tambien encontramos en los fragmentos del Vaticano, § 90, la indicacion de un interdicto útil: «Inde et interdictum UTI POSSIDETIS utile hoc nomine proponitur....., etc.»

(2) Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. de Ulp.: «..... Posse (filiumfamilias) *utili judicio* agere.» — Dig. 9. 2. *Ad. leg. Aquil.* 11. § 10. f. de Ulp.: «An fructuarius vel usuarius legis Aquilæ actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius, *utile judicium* ex hac causa dandum.» — 17. f. de Ulp.: «Si dominus servum suum occiderit bonæ fidei possessori, vel ei qui pignori accepit, *in factum* actione tenebitur.»

derecho civil. Este procedimiento consistia en una ficcion, viniendo en definitiva á expresar la fórmula en su redaccion, como se daria si tal hecho ó tal cualidad de derecho civil existiese en el pleito. Es preciso no confundir estas ficciones con las que habia ya introducido el pretor á propósito de ciertas acciones de la ley; éstas son de distinto género: « *Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis* », nos dice Gayo, y nos da varios ejemplos de ellas (1): 1.º El del poseedor de bienes (*bonorum possessor*), que el pretor pone en lugar de un heredero (*loco heredis*), aunque no lo sea, y al que ó contra el cual da las acciones que nacen de la herencia por medio de una fórmula fundada sobre la hipótesis ficticia de que fuese verdaderamente heredero (*ficto herede*), por ejemplo, para darle una *rei vindicatio*, « JUDEX ESTO: SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPPORTERET », etc., ó para darle una accion *in personam*: « ..... TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE (2): — 2.º El ejemplo *bonorum emptor*, con el cual obraba el pretor lo mismo, porque tampoco era, como hemos dicho, más que un sucesor pretoriano (3): — 3.º El que estando en camino de adquirir una cosa por usucapion, hubiese perdido la posesion de ella, y á quien el edicto permite, aunque no sea propietario, vindicar esta cosa por medio de una fórmula fundada en la hipótesis ficticia de que habia concluido la usucapion (*fingitur rem usucepisse*): « JUDEX ESTO: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc. » (4). Esta accion se llama *Publiciana in rem actio*, del nombre del pretor *Publicius*, que fué el que la introdujo el primero (t. I, pág. 430): — 4.º El ejemplo de los extranjeros, á quienes ó contra quienes el pretor llega á dar acciones del derecho civil, fundando la fórmula en la hipótesis fingida de que eran ciudadanos romanos (*civitas romana peregrino fingitur*); por ejemplo, para la accion de hurto contra un extranjero: « JUDEX ESTO: SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMÆI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM

---

(1) Gay. Com. 4. § 34.
(2) Gay. Com. 4. § 34. Cotéjese Ulp. Reg. 28. 12.
(3) Gay. Com. 4. § 35; y Com. 3. §§ 80 y 81.
(4) Gay. Com. 4. § 36.

OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, etc.» — Lo mismo para la accion de la ley AQUILIA (1). Así es como miéntras que respecto á los extranjeros la única fórmula regularmente posible era la primitivamente creada para ellos, la fórmula *in factum*, el pretor consiguió con una ficcion aplicarles áun las fórmulas civiles que fijan una cuestion de derecho (*in jus*): — 5.° En fin, el ejemplo de los casos en que, cuando nuestro deudor ha sufrido la capitis-minucion mínima, como una mujer en consecuencia de la *coemptio*, un hombre por adrogacion, acontecimiento que destruye su personalidad y extingue, por consiguiente, las acciones que teniamos contra él individualmente, el pretor nos conserva en el uso de estas acciones por medio de una fórmula apoyada en la supuesta hipótesis de que esta capitis-minucion no habia tenido lugar (*fingitur capite deminutus deminutave non esse*) (2).

Esta clase de acciones se llaman por los jurisconsultos romanos acciones ficticias (*fictitiæ actiones*) (3). Por lo demas, se ve que son acciones que por medio de la ficcion que contienen están redactadas en derecho (*in jus*), y no en hecho (*in factum*). — Cuando se dan por analogía con las acciones existentes extendidas por este medio á personas ó á casos fuera de su esfera, no por eso dejan de llevar la calificacion general de accion útil (*utilis actio*) (4). El procedimiento para darles extension es distinto, pero su carácter de utilidad es idéntico. Y áun ha sucedido algunas veces que el pretor ha usado para el mismo caso del uno y del otro procedimiento; es decir, ya de una fórmula ficticia, ya de una fórmula *in factum* (5).

Ha faltado poco para confundir en las fórmulas *in factum conceptæ*, la accion que bajo el nombre de *actio in factum præscriptis verbis*, ó sólo *actio præscriptis verbis*, ó de *actio in factum*, en una palabra, figura frecuentemente en el derecho romano, especialmente como consecuencia de los contratos innominados, *do*

---

(1) Gay. Com. 4. § 37.
(2) Ibid. §§ 38 y 80.
(3) Ulp. Reg. 28. 12.
(4) Gay. Com. 4. § 38: «Actio *utilis*, rescissæ capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.»
(5) Tal era la revocacion de los actos en fraude de los acreedores, revocacion que se conseguia, ya por medio de la accion *Pauliana*, accion ficticia, segun lo que vemos aún en las Instituciones de Justiniano, ya por medio de una accion *in factum*. (Dig. 42. 8 *Quæ in fraud. credit.* 10. pr. f. de Ulp.)

*ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* ó *facio ut facias*. Pero es preciso precaverse bien contra esta confusion. Ya hemos dicho que la accion *in factum præscriptis verbis* tiène una *intentio* concebida, no *in factum*, sino *in jus*, una *intentio* de derecho civil (*civilis intentio*), segun las mismas expresiones de los textos, cuyo objeto es una cosa indeterminada, y que formula, por consiguiente, la pretension de derecho en estos términos: « QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET » ; y de aquí la calificacion para la accion *in factum præscriptis verbis* de *actio civilis incerta*, repetida en una porcion de textos (1). Lo que está concebido en el hecho con esta accion civil es sólo la *demonstratio*, en el sentido de que como se trata de contratos que no tienen en el derecho nombre propio, sino que se forman solamente por los hechos particulares que se han verificado, el pretor en la primera parte de la fórmula no puede indicársele al juez por su sola denominacion legal, como se hacía para la venta, para el arrendamiento ó para la sociedad, sino que es preciso que fije en la *demonstratio* la exposicion preliminar de estos hechos. «*Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina*, *præscriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere*, *quotiens contractus existunt*, *quorum apellationes nullo jure civili proditæ sunt*» (2). Que es lo que dice claramente y en pocas palabras una constitucion de Alejandro: « *Actio quæ*, *præscriptis verbis*, *rem gestam* DEMONSTRAT» (3). La accion, pues, *in factum præscriptis verbis* no es una accion concebida *in factum*, sino una accion *in jus*.

Concluirémos esta materia advirtiendo que la redaccion *in factum* es susceptible en ciertos casos de presentarse con una precision más ó ménos rigurosa; que puede concebirse, ya de un modo que áun se deje al juez la facultad de hacer una apreciacion jurídica ó moral del hecho anunciado, ya de modo que se le incluya estrictamente en la comprobacion de un hecho materialmente determinado, de manera que puede encontrarse en el derecho roma-

---

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 2. f. de Ulp.: « Julianus scribit *in factum* actionem a prætore dandam. Ille (Mauricianus) ait *civilem incerti actionem*, id est, *præscriptis verbis*, sufficere, esse enim contractum, etc. » — Dig. 19. 5. *De præscrip. verb.* 1. § 2. f. de Papin. *In factum civilis actio.* — 6. f. de Nerat.: « *Civile intentione incerti* agendum. » — 15. f. de Ulp.: « *Civilis actio* oriri potest, id est, *præscriptis verbis.* » — Cod. 4. 54. *De rer. permut.* 6. const. de Diocl. et Maximiano: « *Præscriptis verbis incertam civilem* dandam actionem. »

(2) Dig. 19. 5. *De præsc. verb.* 2. f. de Cels. y 3. f. de Julian.

(3) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alej.

no la redaccion *in factum* de una accion ya *in factum* por su propia naturaleza. Tal sucede en la accion *de dolo malo*. Y efectivamente, aunque esta accion sea pretoriana y esté siempre concebida *in factum*, obligar al juez á que fije esta cuestion de hecho, «si ha habido dolo en el negocio por parte del demandado», es darle la mision de fiscalizar los actos del demandado, de apreciarlos moral y jurídicamente, y de decidir, en fin, si encierra ó no dolo; pero desaparecerá esta apreciacion y se limitará mucho más la mision del juez, si se le señala por cuestion saber solamente si el demandado ha cometido tal acto formalmente determinado en la fórmula; entónces no hay más que comprobar la existencia ó no existencia de este acto, sin tratar de calificarlo ó no de dolo. Este último contexto es el de la accion de dolo mitigada, atemperada (*in factum composita, in factum temporata*). El pretor recurria á ella en ciertos casos, y especialmente respecto á ciertas personas, contra las que no queria dar la accion de dolo, á causa de la infamia que llevaba consigo para el que era condenado por ella (1). La accion *quod metus causa* era susceptible de la misma modificacion, que verémos reproducirse tambien en las excepciones (2).

### *Acciones de derecho estricto* (stricti juris judicia), *de buena fe* (bonæ fidei).—*Acciones arbitrarias* (arbitrariæ).

La division de las acciones, de que aquí tratamos, está ligada, como la precedente, á la redaccion de la fórmula; pero de un modo mucho más íntimo, y sólo bajo el punto de vista de los poderes que en ella se confieren al juez.

En la más antigua de las acciones de la ley, en la accion *sacramenti*, hemos visto al juez reducido estrictamente á declarar que, segun los principios del derecho quiritario, el *sacramentum* era *justum* ó *injustum*; y áun bajo el último estado de las acciones de la ley, cuando no le quedaba ya á la accion *sacramenti* ninguna aplicacion en materia de obligaciones, la accion *per condictionem*, que habia recogido su última herencia, le habia sucedido tambien

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo*. 11. f. de Ulp.: «Quibusdam personis non dabitur: ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit..... etc., in horum persona dicendum est, *in factum* verbis temperandam actionem dandam, ut *bonæ fidei* mentio fiat.»

(2) Véase el tít. XIII, § 1.

en el rigor. El demandante sostenia en ella que el demandado estaba obligado á transferirle en propiedad una cosa determinada (*dare certam pecuniam* ó *rem certam*) : sobre esto era todo ó nada, la obligacion existia ó no existia, segun los principios del derecho quiritario ; no habia medio. — La accion de la ley *per judicis postulationem* dejaba, por el contrario, al juez cierta latitud de apreciacion, ya en cuanto al objeto de la obligacion ó de las obligaciones recíprocas que comprendia, ya en cuanto á su existencia. Tambien el juez tomaba en ellas frecuentemente el nombre de *arbiter*.

Esta oposicion, respecto á los poderes del juez, entre las acciones de la ley *sacramenti* ó *per condictionem* por una parte, y la *judicis postulatio* por la otra, ha pasado al sistema formulario, con la particularidad de que lo que resultaba en las acciones de la ley del modo mismo de proceder, ha sido preciso en el sistema formulario obtenerlo por medio de la redaccion de la fórmula.

Si la fórmula civil, es decir, la que fija una cuestion de derecho (*in jus concepta*), no confiere al juez ningun poder particular excepcional, el juez está reducido á la decision de una cuestion de derecho civil, y no puede salirse de los principios de este derecho, ni tomar en consideracion ninguna circunstancia de equidad ó buena fe fuera de estos principios.

Pero si la fórmula civil contiene, añadidas á la cuestion de derecho que establece, estas palabras, EX FIDE BONA ; ó éstas, empleadas en la accion de fiducia, UT INTER BONOS BENE AGERE OPORTET ; ó bien éstas, usadas en la accion *rei uxoriæ*, QUOD ÆQUIUS MELIUS, ú otras equivalentes, se halla investido el juez de un poder más extenso. Aunque la cuestion sentada sea una cuestion de derecho civil, recibe la mision especial de tomar en consideracion todas las circunstancias de equidad, buena fe y justa conveniencia, para decidir de la existencia y de la extension de la obligacion, ó de las obligaciones recíprocas sometidas á su apreciacion (1).

---

(1) CICER. *Topic.* 17 : « Privata..... judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia..... In omnibus agitur iis judiciis in quibus *ex fide bona* est additum ; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agere oportet*; imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo est : *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent ; quid eum qui mandaset, eumve cui mandatum esse alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt. »

La primera fórmula constituye más especialmente un *judicium*, y la segunda un *arbitrium:* el primero, segun las expresiones de Ciceron, *directum*, *asperum*, *simplex;* el segundo, *mite*, *moderatum* (1); en el primero el juez llevaba el título de *judex* propiamente dicho; en el segundo, el de *arbiter*. — En términos más modernos, usados ya en tiempo de Gayo, las acciones de la primera clase se llamaban acciones de derecho estricto (*stricti juris judicia*); y las de la segunda, acciones de buena fe (*bonæ fidei judicia*).

Es curioso ver cómo estas dos clases de acciones se han repartido el antiguo dominio de las acciones de la ley en materia de obligaciones. Todas las acciones que han sido calificadas en el sistema formulario de *condictiones certi*, es decir, todas las que formaban antiguamente el dominio de la accion de la ley *per condictionem*, y algunos casos particulares de la *manus injectio*, todas ellas son de derecho estricto (*estricti juris*), y tienen por objeto la persecucion de una obligacion civil unilateral de transferir en propiedad una cantidad de dinero ó una cosa determinada (*certam pecuniam*, ó *rem certam dare*); su fórmula es *certa*. — Todas las que han sido calificadas de *condictiones incerti*, es decir, una parte del antiguo dominio de la *judicis postulatio*, son tambien acciones de derecho estricto (*estricti juris*), y tienen por objeto perseguir una obligacion civil y unilateral, de dar una cosa indeterminada ó de hacer alguna cosa (*aliquid incertum dare*, *vel facere*): su fórmula es *incerta;* mas precisamente á causa de esto, aunque sean de derecho estricto, sirven como de transicion para las acciones de buena fe. En fin, todo el exceso del dominio de la accion de la ley *per judicis postulationem* constituye las acciones de buena fe (*bonæ fidei*), cuyo objeto es la persecucion de obligaciones civiles, pero bilaterales por lo comun é indeterminadas; su fórmula es *incerta*, con adicion de estas palabras, EX FIDE BONA, ú otras equivalen-

(1) CICERON, *Pro Rosc.* c. 4: « Aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantium postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: SI PARET H. S. 700 DARI OPORTERE. Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit: Quid est in arbitrio? mite, moderatum: QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur; sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit. » Ciceron no habla aquí, bajo el nombre de *judicium*, más que de la accion eminentemente de derecho estricto, la *condictio certæ pecuniæ;* y no de la *condictio incerti*, que se ha deducido por extension.

tes. — Así la *intentio* en estos tres casos es : *certam pecuniam*, ó *aliquid certum dare oportere*, para el primero ; *quidquid dare facere oportet*, para el segundo, y *quidquid dare facere præstare oportet ex fide bona*, para el tercero. *Intentio certa* ó *incerta* para las acciones de derecho estricto, pero siempre *incerta* para las acciones de buena fe.

La regla general es que las acciones civiles son de derecho estricto, exceptuándose sólo aquellas que por especialidad han sido adjudicadas sucesivamente, siguiendo los progresos del derecho, en otro tiempo á la accion de la ley *per judicis postulationem*; y más tarde, bajo el sistema formulario, colocadas entre las acciones de buena fe, procediendo tambien, para designarlas, por enumeracion, cuyo número aumenta con el tiempo. Una de estas enumeraciones hallamos en Ciceron (1), y hé aquí la que da Gayo para su época : «*Sunt autem bonæ fidei judicia hæc : ex empto vendito locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutellæ, commodati*» (2). Todavía hallamos otras con algunos términos más en la Instituta de Justiniano.

De lo que al juez está encomendado en las acciones de buena fe por la fórmula misma de decidir sobre la causa, *ex fide bona*, se sigue que debe, sólo por esto, hacer entrar en su apreciacion, ya para la existencia, ya para la extension de la obligacion, todo lo que la equidad y la buena fe exigen. En consecuencia:—1.° Todo hecho de dolo, tanto por parte del demandante como por parte del demandado, debe tomarse por él en consideracion, sin que sea necesario al demandante recurrir á una estipulacion especial contra el dolo (*cautio de dolo*), ni á la accion pretoriana *de dolo malo ;* y sin que necesite el demandado insertar en la fórmula ninguna excepcion de dolo, ni cualquiera otra deducida de un principio de buena fe. De tal modo que ni la accion ni la excepcion de dolo tienen lugar en este caso. «*Cessat de dolo actio*», dice Ulpiano hablando de la accion de dolo en presencia de una accion de buena

(1) CICER. *De offic.* III. 15. 17 : «Sed quid sint *boni* et quid sit *bene agi* magna quæstio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur *ex fide bonæ ;* fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutellis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur : in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique præsque oporteret.» — Ciceron no parece dar aquí una enumeracion completa y determinada ; la de Gayo comprende ademas las acciones *negotiorum, gestiorum*, *depositi* et *commodati*.

(2) Gay. Com. 4. § 62.

fe (1). «*Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem*», dice Juliano tratando de la excepcion; «*bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt*», dice Paulo; «*officio judicis* (*exceptio doli mali*) *continetur*», dice en otra parte (2). — 2.° Todo lo que es de uso comun en las costumbres y en la práctica debe suplirse de oficio por el juez en esta especie de acciones: «*Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire*» (3). — 3.° Si el demandado tiene que reclamar por sí mismo del demandante la ejecucion de alguna obligacion unida á la misma causa, el juez debe tener en cuenta y no pronunciar el fallo contra este demandado, sino despues de hecha la compensacion, sin que sea necesario conferirle, especialmente por la fórmula, este poder de compensacion, porque, como dice Gayo, está comprendido de oficio en su mision de juzgar *ex fide bona* (4). Esto es eminentemente útil á los contratos y negocios que dan orígen á las acciones de buena fe: negocios que contienen casi todos obligaciones recíprocas (*ultro citroque*) entre las partes, al paso que en la accion de derecho estricto no se trata nunca más que de una obligacion unilateral (5). — 4.° En fin, los frutos de las cosas debidas, ó los intereses, si se trata de una cantidad en dinero, se cargan, en esta especie de acciones, al deudor desde el momento que ha caido en demora, porque desde entónces ha faltado: «*In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur* (6).

---

(1) Dig. 4. 3. *De dol. mal.* 7. § 3. f. Ulp.: «Si (de dolo) non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu, de dolo actio necesaria est.»

(2) Dig. 30. *De legat.* (1), 84. § 5. f. Julian.—18. §. 5. *De rescind. vind.* 3. f. Paul. —Vatic. J. R. Fragm. § 94. — En la excepcion de dolo están comprendidas todas las que, fundadas en la buena fe, pueden reducirse á una excepcion de dolo: tales son las de violencia de parte de éste. Pero las excepciones sacadas de otra consideracion que las de la buena fe, por ejemplo, las excepciones *rei judicatæ, litis residuæ, cognitoriæ, procuratoriæ, quod facere possit,* no están comprendidas de pleno derecho en la fórmula *bonæ fidei*, y necesitan, por consiguiente, insertarse especialmente en ella, como verémos más adelante.

(3) Dig. 21. 1. *De ædilit. edit.* 31. § 20. f. Ulp. — Sabemos ademas que los pactos insertos *in continenti* en un contrato de buena fe hacen parte de él, y que su ejecucion se persigue por la misma accion del contrato.

(4) Gay. Com. 4. § 63: «Judici nullam..... compensationis rationem habere..... formulæ verbis precipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.»

(5) Por eso en esta especie de contratos y negocios tiene cada parte una accion; ya desde el principio, cuando las obligaciones recíprocas nacen desde el instante mismo, como en la venta, el arrendamiento, la sociedad; ya despues del suceso, cuando la obligacion para una de las partes no resulta más que de hechos posteriores, como en el comodato, el depósito, la prenda, el mandato, la gestion de negocios, la tutela, etc.: y es de aquí el distinguir entre la accion *directa* y la accion *contraria*. — Hé aquí por qué dice Ciceron que en la mayor parte de las acciones de buena fe se encuentra *judicia contraria*.

(6) Dig. 22. 1. *De usur.* 32. § 2. f. Marcian.; 34. f. Ulp.

En las acciones de derecho estricto, por el contrario, el juez no decide absolutamente más que sobre la obligacion unilateral del demandado, y segun los principios estrictos del derecho civil concernientes á ella. Los hechos de dolo por parte, ya del demandante, ya del demandado, ó los de una deuda que oponen en compensacion, deben ser el objeto de acciones separadas y especiales, ó no pueden tomarse en consideracion más que por medio de excepciones insertas en la fórmula. Los intereses de las sumas no se deben si no se han estipulado, y entónces son objeto de una obligacion distinta. Los frutos generalmente, y salvas algunas excepciones particulares, no se conceden más que desde la *litis contestatio* (1).

Todo lo que se acaba de decir no tiene que ver con las acciones reales. En efecto, habiendo sustituido á las acciones de la ley el sistema formulario, ha distribuido entre los *judicia stricti juris* y los *judicia bonæ fidei* el dominio de las acciones de la ley *per condictionem* y *per judiciis postulationem*, es decir, la reclamacion de las obligaciones: ¿pero qué ha hecho del dominio de la accion de la ley *sacramenti*, es decir, de las reclamaciones de derechos reales, única aplicacion del *sacramentum* en su última época? El procedimiento formulario para esta herencia, que tambien ha recogido, pero en último lugar, ha creado una tercera especie de accion ó de fórmula, la accion arbitraria (*actio formula arbitraria*). La filiacion histórica de las ideas y de las instituciones viene, en mi concepto, á arrojar sobre esta creacion la más viva claridad. Ya he dicho cuán poco apropiado era el procedimiento formulario, con su condena siempre pecuniaria, á las reclamaciones de propiedad y otros derechos reales, y cómo se consiguió extenderle, pasando del *sacramentum* al procedimiento *per sponsionem*, que no era más que una imitacion de él, y despues, en fin, de ésta á la *formula petitoria*. Así, pues, en la accion de la *sacramenti*, el que obtenia del magistrado la posesion interina estaba obligado á dar á su adversario fiadores para la restitucion de la cosa y de los frutos en caso de perder el pleito (*prædes litis et vindiciarum*). Lo mismo en el procedimiento *per sponsionem*, el poseedor deman-

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 31. pr. f. Paul.—La *condictio indebiti* es de las acciones en que todos los frutos percibidos por el demandado, áun ántes de la *litis contestatio*, deben restituirse, Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 65. § 5. f. Paul.; 15. f. Paul. Algunas otras acciones de derecho estricto que tienen igualmente un carácter restitutorio, están en el mismo caso.

dado estaba obligado á dar fianza para esta misma restitucion (*stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*). Esta idea expresa de la restitucion de la cosa y de los frutos por el demandado, si el demandante era reconocido como propietario, pasó hasta á la *formula petitoria*, en el sentido de que el juez se encargase de ella, una vez justificada á sus ojos la propiedad del demandante, de prescribir esta restitucion, y de no pronunciar condena pecuniaria contra el demandado, sino en caso de no restitucion por parte de éste; de modo que, restituyendo, debe ser absuelto. En efecto, en el procedimiento *per sponsionem*, no siendo la *sponsio* sino sólo conminatoria y prejudicial, la única consecuencia para el demandado que perdia era estar obligado, él y el fiador, en cumplimiento de su promesa, á restituir, lo cual, no ejecutándose voluntariamente, no podia resolverse más que en una condena pecuniaria. Este mismo efecto se trasladó con ligera alteracion á la *formula petitoria*, tanto por lo ménos como podia consentirlo la simplificacion de la fórmula, y esto por medio de estas solas expresiones, NISI RESTITUAT, puestas en la fórmula á continuacion de la *condemnatio* : CONDEMNATIO NISI RESTITUAT (1); ó en seguida de la *intentio* : «*Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium Servilii esse, neque is fundus restituatur*», etc. (2), como lo hemos explicado ya.

Tal es la *formula arbitraria*, que toma su nombre de la órden prévia (*jusus* ó *arbitrium*) que el juez da al demandado de restituir, ó hablando más generalmente, de satisfacer al demandante, cuyo derecho es reconocido (3). El carácter distintivo de esta especie de acciones consiste en este *jusus* ó *arbitrium* prévio.

El juez regula su *arbitrium*, es decir, su decision, por la restitucion que hay que hacer, y más generalmente por la satisfaccion que hay que dar al demandado, segun la equidad y la buena fe (*ex œquo et bono*) (4); y de aquí, sin duda, le vino á esta órden el

(1) Gay. Com. 4. § 47.

(2) CICER. *In. Verr.* II. 12.

(3) Gay. Com. 4. § 163 : «Is cum quo agitur accipit formulam quæ appellatur arbitratia : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.»

(4) Adelante, § 31. *in fine.*—Pero sólo en esta parte de la accion tiene el juez el poder de decidir *ex œquo et bono*; pues por lo demas, la accion arbitraria no es una accion de buena fe. El juez no puede decidir en ella *ex œquo et bono* sobre la existencia del derecho; y lo prueba, como lo ha hecho notar muy bien mi colega M. Ducaurroy, en que la excepcion *doli mali* no está sobreentendida en ella, puesto que la encuentra frecuentemente opuesta á la *rei vindicatio*. (T. I, p. 340, § 30 y sig., y Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 13. f. Ulp.)

nombre de *arbitrium*. Puede, si lo juzga conveniente, conceder un plazo para hacer esta restitucion (1).

Es posible que al principio no fuera obligacion el *jussus* del juez más que de un modo indirecto, es decir, puramente por medio de la condena; pero despues pudo ejecutarse por fuerza, áun contra la voluntad del demandado; *manu militari*, dicen los textos, es decir, por el ministerio de los agentes del poder público de que disponia el magistrado. Ya en tiempo de Ciceron parece que era así (2). De este modo, aunque las condenas fuesen siempre pecuniarias en el sistema formulario, conseguia el importante resultado de que al que reclamaba una propiedad ó un derecho real cualquiera se le restituia la misma cosa objeto del derecho. Tal fué la gran utilidad de las acciones arbitrarias, lo cual las hacía hasta indispensables en el procedimiento por fórmulas. Con todo, el principio de la ejecucion forzosa del *jussus* no era cierto en todas las acciones arbitrarias sin excepcion; se aplicaba en todas aquellas en que se trataba de una restitucion de cosa corpórea (3), y tambien en la exhibicion; pero en algunos casos particulares, en que la satisfaccion era de otra naturaleza, la obediencia al *jussus* quedaba al arbitrio del demandado, salva la condena que le alcanzaba por no haber obedecido (4).

Si el *jussus* queda sin ejecucion, ya por resistencia, ya por culpa del demandado, debe ser condenado éste. La condena está redactada en la fórmula de una manera *incerta*: «QUANTI EA RES ERIT.» Su importe está fijo por el juez, á veces, segun su propia apreciacion; pero en la mayor parte de los casos, con arreglo al juramento deferido al mismo demandante sobre la indemnizacion que puede debérsele (5); lo cual era un castigo de la resistencia del de-

---

(1) Más abajo, tít. 17. § 3.

(2) «Non necesse erit L. Octavio judici *cogere* P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum», dice CICERON, despues de referir la fórmula arbitraria de accion petitoria en el pasaje citado en la nota 1.—Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 9. f. Ulp.: «Ubi enim probavi rem meam esse, *necesse habebit possessor restistuere.*»—68. f. Ulp.: «Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, *manu militari*, officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit.»

(3) Véase la nota precedente.

(4) Tal es el caso de la accion arbitraria *de eo quod certo loco*, de que hablamos más adelante.

(5) Dig. 22. 3. *De in litem jurando.* 5. f. Marcian.: «In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judicis in litem juratur. § 1. Sed judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur; licuit enim et a primo non deferre. § 2. Item etsi juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare.—Dig. 6. 1. *De rei vind.* 68. f. Ulp.: «Qui restituere jussus, judici non paret, siquidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit

mandado. Si la ejecucion del *jussus* no ha tenido efecto más que por lo principal, por ejemplo, si se ha restituido la cosa, deben solamente ser el objeto de la condena los frutos y demas accesorios (1). En fin, si el *jussus* se ha cumplido por voluntad ó por fuerza, de modo que satisfaga completamente al demandante, el demandado debe ser absuelto : con lo cual termina la mision del juez.

La fórmula arbitraria, como acabamos de ver, por su orígen y sus resultados forma un género aparte, destinado especialmente á las acciones *in rem :* al paso que la *stricti juris* y la *bonæ fidei* constituyen otros dos géneros peculiarmente propios de las acciones *in personam*. Han venido, sin embargo, á unirse á las acciones reales, que son todas arbitrarias (2), por excepcion, en calidad de tales, dos acciones civiles *in personam*, en las cuales hay tambien una restitucion ó una exhibicion que hacer, puntos eminentemente susceptibles de aplicacion de un *arbitrium* prévio, y que por otra parte presentan cierta analogía con el derecho de propiedad; y son la accion *ad herendum*, preliminar para llegar á la *rei vindicatio* (3); y la *finium regundorum*, en que el juez puede tener que dar á las partes el *jussus* ú órden prévia de hacer las restituciones necesarias de derribar árboles ó edificios para el restablecimiento de límites (4). Debe, en fin, añadirse á ésta la accion *de eo quod certo loco*, cuya fórmula, aunque introducida últimamente por el pretor, tenía una *intentio* civil (*in jus concepta*), pero levemente modificada ; de modo que constituia una accion arbitraria de una naturaleza enteramente particular, de la cual volverémos á hablar (5).

En suma, hé aquí la reparticion de los casos regidos ántes por las acciones de la ley entre las acciones formularias :

---

quominus possit : non pluris quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interfuit condemnandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.» — Dig. 10. 4. *Ad exhibendum*. 3. § 2. f. Ulp. : «Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantitatem taxante.»

(1) Página precedente, nota 2, al fin.

(2) Adelante, tit. 17, § 2.

(3) Adelante, § 31.

(4) Dig. 10. 1. *Finium regund.* arg. 2. § 1. f. Ulp.; 4. § 3. f. Paul.; 8. § 1. f. Ulp.

(5) Dig. 13. 4. *De eo quod cert. loc.* 2. pr. f. Ulp.; 3. f. Gay.; 5. 7 y 19. f. Paul. — Abajo, § 31. — Tambien hallamos en Gay. (Com. 4. § 47) una fórmula en que la accion de depósito, que por su naturaleza es una accion de buena fe, está redactada de modo que se convierte al mismo tiempo en una accion arbitraria, lo cual sucede tambien en una accion de comodato.

1.° A las *condictiones certi*, accion eminentemente de derecho estricto, todas las cosas de la antigua *condictio* y algunas especialidades de la *manus injectio;*

2.° A las *condictiones incerti*, acciones de derecho estricto, pero con una fórmula *incerta*, que sirve como de transicion á la accion de buena fe, una parte de los casos de la *judicis postulatio;*

3.° A las acciones *bonæ fidei*, los demas casos de esta última accion de la ley, especialmente aquellos en que hay obligaciones recíprocas (*ultro citroque*).

4.° En fin, á las acciones arbitrarias, todas las peticiones de derechos reales, es decir, los casos de la accion de la ley *per sacramentum* en su último estado de aplicacion, especialmente á causa de su carácter restitutorio ó exhibitorio, las dos acciones personales *ad exhibendum* y *finium regundorum*, que ántes pertenecian á la *judicis postulatio*.

De este modo se ve, materialmente, por decirlo así, la relacion de las instituciones sucesivas, su transformacion y su generacion de las unas á las otras.

Todo lo que acabamos de decir es exclusivamente peculiar á las acciones útiles, con una fórmula *in jus concepta*, es decir, que fije una cuestion de derecho civil. Mas ¿qué dirémos de las acciones pretorianas *in factum*, es decir, que establecen sólo una cuestion de derecho en su *intentio*? ¿En cuál de las tres clases precedentes han sido comprendidas por los pretores? Las acciones *in factum* no pueden ser *stricti juris;* porque, no fijando una cuestion de derecho civil, no puede decirse que en ellas se encierra el juez en los rigurosos principios de este derecho (1). Por esta razon no hay necesidad de añadir EX FIDE BONA, para autorizar al juez á salir de estos principios, no estando ceñido á ellos, y en este sentido puede decirse que las acciones *in factum* no son *stricti juris* ni *bonæ fidei;* y quedan excluidas absolutamente de esta division. Pero muchas de ellas son arbitrarias, porque la órden prévia de restituir ó de satisfacer al demandante puede ser en ellas de tanta utilidad como en las acciones de derecho civil. Así todas las acciones pretorianas *in rem* son arbitrarias; no sólo las que se hallan concebidas *in jus* por medio de una ficcion, sino tambien las que están concebidas simplemente *in factum*. Entre las acciones personales *in*

(1) Gay. Com. 4. §§ 45 y 46. —Pág. 582 y sig., 630 y sig.

*factum*, son tambien arbitrarias las acciones *quod metus causa* y *de dolo malo*, porque, aunque personales, tienden igualmente á facilitar una restitucion (1).

En fin, los interdictos exhibitorios y restitutorios, cuando no se usaba en ellos del procedimiento *per sponsionem*, daban lugar asimismo á una fórmula arbitraria (2); de suerte que si se busca el carácter general que fija el uso de esta fórmula, y que, por consiguiente, constituye las acciones arbitrarias, se cree, salva la accion *de eo quod certo loco*, que siempre lleva la circunstancia de contener una restitucion ó una exhibicion.

Mas puesto que las acciones *in factum* no eran ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, ¿cuál era su naturaleza cuando no eran arbitrarias? Yo creo que en ellas la extension de los poderes del juez dependia enteramente de la naturaleza del hecho puesto en cuestion, y de la *condemnatio*, indicada por ser como su consecuencia.

En efecto: 1.°, los hechos son más ó ménos complicados, y tan pronto la cuestion que los concierne lleva por sí misma la necesidad de apreciacion, ya moral, ya hasta jurídica: tales son estas cuestiones: «SI DEPOSUIT», en la accion de depósito concebida *in factum* (3); «SI CONSTITUIT», en la accion de *constituta pecunia* (4); la *de dolo malo* entablada generalmente, y tantas otras acciones (5). Tan pronto, por el contrario, no exige más que la comprobacion, por decirlo así, material de un acto particularmente descrito y determinado, como cuando el pretor, en lugar de dar generalmente la accion de dolo, determine el hecho especial que da para examinar, como en este ejemplo que nos da Gayo: «SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM

(1) Dig. 4. 2. *Quod metus caus.* 14. § 4. f. Ulp. — 4. 3. *De dol. mal.* 18. f. Paul.

(2) Gay. Com. 4. §§ 141, 163 y 165.

(3) Gay. Com. 4. § 47.

(4) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 17. f. Paul. y 18. § 1. f. Ulp.

(5) Como la accion de *sepulcro violato*, violacion que no es condenable más que en tanto que se ha hecho con *dolo malo*. Dig. 47. 12. *De sep. viol.* 3 § 1. f. Ulp. — Lo mismo la accion *funeraria*, acerca de la cual los principios pretorianos eran enteramente de equidad, y en que el juez debia apreciar si el que habia hecho los gastos funerarios estaba personalmente obligado á ellos ó no; si los habia hecho sólo por afecto ó por piedad, ó como adelantos; si se habia contenido para el gasto en los justos límites, etc. Dig. 11. 7. *De religios.* 14. § 6. f. Ulp.: «Hæc actio quæ *funeraria* dicitur, *ex bono et æquo* oritur. Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide..... etc.» — Ibid. § 13.: «.....Non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget.» Lo cual quiere decir que el juez apreciará el hecho, abandonándose más bien á la equidad que en la accion *negotiorum gestorum*, de suerte que podrá conceder el reembolso de los gastos funerarios, áun si se han hecho contra la voluntad de los herederos.

ESSE» (1); y en todos los de esta naturaleza. No hay, pues, bajo esta primera consideracion, nada absolutamente que decir de las acciones concebidas *in factum;* el juez debe tener en ellas toda la latitud de apreciacion que permite la naturaleza del hecho puesto en cuestion; pero no tiene más que aquélla. Los principios rigurosos del derecho civil nada tienen que hacer aquí; el hecho, tal como está entendido y caracterizado por la fórmula y por el derecho pretoriano, es el que circunscribe al juez á una mision más ó ménos ámplia, más ó ménos reducida.

2.° La *condemnatio* indicada por la fórmula *in factum* como consecuencia del hecho examinado, puede por sí misma dar al juez más ó ménos latitud; así se encuentra, ya una *condemnatio certæ pecuniæ*, ya ésta: *quanti ea res erit* ó *quanti damnum datum faciumve sit*, y ya esta otra: *quantum bonum æquum judici videbitur* (2). Es evidente que cuando la *condemnatio* es de una suma cierta, el juez, una vez comprobado el hecho con toda la latitud de apreciacion que su naturaleza permite, está ligado por el importe de la *condemnatio:* no hay más que dos partidos que tomar: ó absolver ó condenar en la suma indicada. Por el contrario, en los demas casos, el importe de la *condemnatio* se deja á su apreciacion, ya segun el daño causado, ya sólo segun lo que le parezca equitativo.

Pero nada de esto quiere decir que las acciones redactadas *in factum* sean *stricti juris* ó *bonæ fidei;* es una idea que no puede adaptarse enteramente á su naturaleza. Para los que las consideran únicamente como acciones de buena fe por excelencia, el problema consistiria en demostrar que producen todos los efectos de tales, y que especialmente las excepciones de dolo están subentendidas, así como la de compensacion, lo cual no creemos nosotros. El dolo está tomado en ellas en consideracion por el juez de oficio, siempre que el carácter constitutivo del hecho ó la interpretacion de los principios pretorianos con relacion á este hecho lo permita; pero fuera de esto hay que recurrir á las excepciones, como nos

---

(1) Gay. Com. 4. § 46.

(2) Tenemos á la vez un ejemplo de estas tres especies de condenas para una accion *in factum*, en las disposiciones penales del edicto *de his qui effuderint vel dejecerint:* Dig. 9. 3. 1. p. 5. §§ 5 y 6. f. Ulp. — Tambien Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 42. f. Ulp. — Y Dig. 47. 12. *De sepulc. viol.* 3. f. Ulp. —La *condemnatio* es tambien *certæ pecuniæ* en el ejemplo citado por Gayo, Com. 4. § 46: «SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATE», en la accion *judicati*, que bajo el sistema formulario es como accion *in factum;* en la accion *de constituta pecunia*, etc. — Es *incertæ pecuniæ*, apreciada *ex æquo et bono*, en la accion *funeraria*, citada en la nota precedente; en la dada contra el juez *qui litem suam fecit:* Dig. 50. 13. *De extraordin. judic.* 6. f. Gay..... «..... In factum actionem et in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit.»

dicen positivamente los textos (1). En cuanto á los intereses ó á los frutos de las sumas ó de sus cosas debidas, si la condena es *quanti ea res erit*, ó especialmente *quanti bonum æquum judici videbitur*, debe el juez, indudablemente, tomarlos en consideracion desde el dia de la demanda; pero si es *certæ pecuniæ*, evidentemente cesa esta facultad. En suma, no hay nada absoluto bajo este concepto respecto de las acciones *in factum;* varian segun varian los hechos, y sostenemos nuestra conclusion : los poderes del juez son en ellos más ó ménos amplios, segun la naturaleza del hecho y de la *condemnatio* establecidas en la fórmula.

En las acciones arbitrias no puede ser condenado el demandado más que en el caso de no restitucion, ó más generalmente, por no dar satisfaccion al demandante; si, pues, en la órden prévia del juez se daba esta satisfaccion, debia ser absuelto. Igualmente debia serlo en las acciones de buena fe, si el demandado, ántes de la sentencia, la ejecutaba voluntariamente, puesto que el juez no debia condenar sino aquello, cuando se reconocia *dare, facere, præstare oportere ex fide bona*, pues cuando daba la satisfaccion de buena fe, ya nada debia. Mas en las acciones de derecho estricto no sucedia así. Una vez entregada la fórmula y organizada la instancia, el demandado debe ser condenado si la *intentio* está comprobada (*condemnari oportet*); por consecuencia de la renovacion que se ha verificado, ya no se trata para él de la obligacion antigua, sino de esta nueva obligacion de ser condenado. Por más que cumpla voluntariamente con el demandante, no por eso deja de ser condenado (*quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat*). Tal era el rigor de los principios, y los Proculeyanos seguian todas sus consecuencias ; pero los Sabinianos opinaban, por el contrario, que era preciso separarse de ella y absolver en todos los casos al demandado que lo habia ejecutado, lo cual expresaban diciendo que todas las acciones eran absolutorias: «*Omnia judicia esse absolutoria*» (2). Despues verémos á Justiniano adoptar y sancionar legislativamente su opinion (3).

---

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta.* 17. f. Ulp. : «Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipendi, æquum est sucurri reo aut *exceptione*, aut *justa interpretatione.*»—Ibid. 31. f. Scævol. : «Quæsitum est..... an de constituta pecunia conveniri possit, et an *doli exceptione* uti possit ?»

(2) Gay. Com. 4. § 114 : «Nostri præceptores absolvere eum debere existimant : ne interesse cujus generis fuerit judicium. Et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria.»

(3) Más adelante, tit. 12. § 2.

*Acciones legítimas* (legitima judicia), *ó comprendidas en el poder del magistrado* (imperio continentia).

Llegamos aquí á una distincion de acciones que proceden por excelencia del privilegio de la ciudad romana y que es peculiar al sistema formulario. El procedimiento de las acciones de la ley era exclusivamente quiritario; el extranjero no podia ser admitido en él; la línea de demarcacion entre el ciudadano y el extranjero estaba perfectamente marcada; pero al desenvolverse el sistema formulario, ha venido á dar principio á una fusion de procedimiento y á introducir entre ellos la comunicacion de muchos puntos. Por una parte, los ciudadanos han usado de las fórmulas y hasta de las fórmulas redactadas *in factum;* han usado de los recuperadores: instituciones todas primitivamente destinadas á los extranjeros. Por otra parte, los extranjeros han usado de las acciones *in jus* por medio de ficciones, han usado del *unus judex*, reservado antiguamente á los pleitos de los ciudadanos entre sí; pero ha quedado, sin embargo, en esta confusion un resto de la antigua separacion. Cuando se ha organizado la instancia formularia con la reunion de estas tres circunstancias en Roma, ó en el radio de una milla alrededor de Roma, ante el *unus judex*, ciudadano romano, y entre litigantes igualmente ciudadanos romanos, se ha calificado como por asimilacion á las antiguas acciones de la ley de legítima (*legitimum judicium*). Cuando, por el contrario, ha faltado cualquiera de estas tres condiciones, se dice de la instancia que está comprendida en el poder, en el *imperium* del magistrado, y se le ha llamado *judicium quæ imperio continetur*, ó segun la expresion romana, *judicium imperio continens*. Así todas las instancias en las provincias, ó todas las instancias ántes recuperadoras, áun entre ciudadanos, eran unos *judicia imperio continentia*, como tambien todas aquellas en que el juez ó uno de los litigantes era extranjero (1).

Esta distincion no dimana ni de la naturaleza del derecho proseguido, ni del orígen de la accion: no importa que este derecho, que esta accion procedan de la ley ó del edicto, del derecho

(1) Gay. Com. 4. §§ 103 y sig.

civil ó del pretoriano (1); es una distincion esencialmente de territorio y de ciudad, fundada en esta triple y antigua base. Roma y su radio de una milla, el *unus judex*, y la cualidad de ciudadano en todos.

Aunque no constituyan los *legitima judicia* más que instancias formularias, habian sido como por reminiscencia asimiladas para ciertos puntos á las antiguas acciones de la ley, y de ellas se habian aprovechado algunos principios. Así en cuanto á la duracion el *legitimum judicium*, lo mismo que la accion de la ley en su orígen, no tenian límites; una vez organizadas y dado el juez á las partes, seguian estas instancias hasta que el juez pronunciaba en cualquiera tiempo su sentencia. Sólo la ley JULIA *judiciaria* las asignó el término de diez y ocho meses para ser juzgadas, pasado el cual espiraban (2). Por el contrario, el *judicium imperio continens* no duraba más que lo que el poder del magistrado de quien emanaba: «*Tamdiu valent, quandiu is qui ea præcepti imperium habebit*»: de lo cual toma su nombre (3); de suerte que cuando el magistrado muere ó dimite sus funciones por una causa cualquiera, todas las instancias de esta naturaleza que ha organizado desaparecen al instante, y tienen las partes que empezarlas de nuevo, sucediendo esto en las provincias á cada cambio de gobernador con todas las instancias organizadas por él (4). En cuanto á los efectos, los *legitima judicia* fueron los únicos que conservaron el principio de las acciones de la ley, de que una vez ejercitada la accion, caduca, y ya no puede el demandante obrar de nuevo para el mismo objeto; y áun no conservaron este efecto en todos los casos, sino sólo en algunos. Por el contrario, los *judicia imperio continentia* no extinguian el derecho que tenian por objeto perseguir, y no quitaban, por consiguiente, al demandante la facultad de obrar de nuevo para el mismo objeto, salvo el auxilio de las excepciones (5). Esta diferencia nace de principios que hallarán más tarde

---

(1) Ibid. § 109.

(2) Gay. Com. 4. § 104.: «Legitima judicia....., lege JULIA judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur, a lege JULIA litem anno et sex mensibus mori.»

(3) Ibid. § 105.

(4) Tambien los litigantes se apresuraban desde el principio de cada año de magistratura, y tomaban puesto para á su vez obtener las fórmulas de las acciones: «Quia in ordinem dicebantur causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium.» (SERVIUS, *Ad Æneid.* II. vers, 102.—SIDON. APOLIN. IV. 6. *in fine.*)

(5) Gay. Com. 4. §§ 106, 107 y 108.

su explicacion; mas desde luégo se conoce su necesidad respecto á la *judicia imperio continentia*, que un accidente tal como la muerte del magistrado ó la interrupcion de sus funciones por una causa cualquiera podia hacer desaparecer inesperadamente, sin culpa por parte de los litigantes. Todavía hallamos los *legitima judicia* (1) colocados por Ulpiano en la misma línea que las acciones de la ley en algunos otros puntos, y probablemente sucedia así en varios detalles que han quedado desconocidos.

Éstas son, entre las divisiones de las acciones, las más importantes de estudiar en el sistema del procedimiento formulario. Todavía dejamos algunas porque se ligan ménos íntimamente en las particularidades de este sistema, y porque se reproducen de un modo bastante claro en las Instituciones de Justiniano.

### *Interdictos* (interdicta).

El poder del pretor, de prescribir, de emitir órdenes ó prohibiciones destinadas á servir de regla en ciertos casos, ó en términos propios, de promulgar edictos que creaban una especie de derecho, un derecho pretoriano; este poder, digo, se manifestaba de dos modos distintos; ya de un modo general para la publicacion de estas órdenes en forma de reglamento general dado con antelacion para todos, ya de un modo particular por la mision de una órden ó de una prohibicion en tal asunto especial y entre las partes interesadas solamente. Hasta es probable que empezase por esta intervencion más limitada, por estas órdenes ó reglamentos particulares, el poder pretoriano, que pasó en seguida á los reglamentos generales. En el primer caso el reglamento del pretor se llamó un edicto (*edictum*); en el segundo un interdicto (*interdictum*), como si dijéramos (*inter duos edictum*). Uno y otro crean y constituyen un derecho pretoriano; el edicto, un derecho general y para todos: el interdicto, un derecho especial sólo para la causa en que ha sido dado.

El uso de los interdictos trae orígen de las materias sobre asuntos que no estaban comprendidos en las leyes generales, y que, sin embargo, por su naturaleza reclamaban más inmediata y directa-

(1) Ulp. Reg. XI. *De tutel.* §§ 24 y 27.

mente la vigilancia, la intervencion de la autoridad, el uso del *imperium* confiado al magistrado. Tales son, ante todo, las materias de derecho público, divino ó religioso, como la proteccion de los templos, de los sepulcros ó del uso comun de los rios y de los caminos públicos; vienen en seguida algunas materias de derecho privado, y entre ellas principalmente las contestaciones sobre la posesion, mezcla de hecho y derecho que la ley no habia reglamentado por sí, y que, sin embargo, por las querellas, por las vías de hecho de que era ocasion, exigia imperiosamente la intervencion de la autoridad pública.

Una vez introducido el uso de los interdictos ó edictos particulares, dados en cada causa entre las partes, se ha conservado áun despues que se han llenado los primeros vacíos, ó que hubieran podido serlo fácilmente por los progresos del derecho civil y del derecho pretoriano general. En efecto, á medida que la publicacion de un edicto general y anual por cada pretor se ha hecho una cosa regular y constante, y que la redaccion de este edicto recibió todo su desarrollo, sucedió el hecho notable de que el edicto general especificó y determinó de antemano los casos en que el pretor daria un interdicto; pero que la costumbre de venir en cada causa de esta naturaleza á pedir y recibir del magistrado el interdicto prometido, se ha conservado siempre sin duda como medio de continuar la intervencion de la autoridad pretoriana en aquella especie de asuntos que la reclamaban más especialmente.

En este caso, el que tiene necesidad de recurrir á esta clase de procedimiento convoca á su adversario *in jus* y pide el interdicto á que pretende tener derecho. El pretor, despues de haber examinado, no si los hechos en cuestion son ciertos ó falsos, sino si en la hipótesis de estos hechos há lugar ó no al interdicto, le concede ó le niega. Es decir, si le concede, entrega á las partes la fórmula de mando ó prohibicion, que será la ley del litigio. No se termina con esto el negocio, sino que si las partes persisten en su desacuerdo, hay que recurrir á un procedimiento judicial, y por consiguiente á la entrega de una accion con remision ante un juez encargado de comprobar los hechos y de decidir. El interdicto es como la ley particular de la causa que sirve de base á esta accion. El demandante que ha obtenido el interdicto puede pedir inmediatamente despues, áun ántes de salir de la presencia del pretor, la accion que debe ser su consecuencia, ó bien puede esperar y no

pedirla hasta despues. El procedimiento de instancia judicial tiene lugar, segun los casos, ya *per formulam arbitrariam*, ante un árbitro, ya *per sponsionem*, ante un juez ó recuperadores (1).

Por ahora nos bastarán estas nociones generales sobre la naturaleza de los interdictos, debiendo tratarse la materia más adelante y más circunstanciadamente.

*Procedimientos extraordinarios* (extraordinariæ cognitiones).—*Restituciones in integrum* (in integrum restitutiones).—*Entregas de posesion* (missiones in possessionem).

Cuando el magistrado, sin observar las reglas del procedimiento legal, determinaba por sí mismo sobre un negocio y le decidia por su propia autoridad, ya en materia civil, ya en materia criminal, se daba á este procedimiento el nombre de *extraordinario cognitio*, *extra ordinem cognoscere*.

Esta forma, la más sencilla y ciertamente la ménos sabiamente dispuesta de resolver un litigio, tiene su principio hasta en el régimen de las acciones de la ley, y la hallamos tambien legalmente autorizada en una de estas acciones, en la *manus injectio;* pero se ha desarrollado y ha tomado su denominacion especial, principalmente bajo el sistema formulario. En estos casos no habia dacion de juez ni de fórmula, y por consiguiente ninguna de las diferencias que procedian de la redaccion formularia de las acciones (2); siendo el magistrado el que conocia y terminaba por sí mismo la diferencia (*ipse cognoscebat*).

Los casos de *cognitiones extraordinariæ* se hicieron cada vez más numerosos y variados, á tal punto, dice Calistrato, que es difícil dividirles por especies, á no ser de un modo sumario y general; y en la division que de ellos hace, comprende materias administrativas, civiles ó criminales (3).

---

(1) Véase sobre esta materia á Gay. Com. 4. §§ 138 y sig., y al fin del tit. 15.

(2) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 47. § 1. f. de Paul.: «Ne refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, *ubi conceptio formularum non observatur*, hæc subtilitas supervacua est.»

(3) Dig. 50. 13., *De extraordin. cognit.* 5. pr. f. de Calist.: «Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest: aut enim de *honoribus* sive muneribus gerendis agitatur: aut de *re pecuniaria* disceptatur: aut de *existimatione* alicujus cognoscitur: aut de *capitali crimini* quæritur.»

Ateniéndonos á las materias civiles, podemos distinguir cuatro situaciones diferentes, en las cuales interviene sólo el magistrado y termina por sí mismo el negocio :

1.° Los casos en que la *juris-dictio*, es decir, la declaracion del derecho, basta, sin que sea necesario recurrir á un *judicium:* como cuando no se trata más que de actos de jurisdiccion voluntaria y gratuita ; por ejemplo, en todas las diversas aplicaciones de la *in jure cessio*, ó bien cuando se han confesado los hechos delante de él, y que no queda ya más que declarar el derecho, ó tambien cuando decide que no há lugar á dar, ya la accion, ya el interdicto.

2.° Los casos cuyo conocimiento extraordinario se le ha formalmente concedido por disposiciones legislativas especiales ; de ellas tenemos un ejemplo muy notable en el fideicomiso (t. I, pág. 731); así como, segun lo que dice Tácito, en las persecuciones contra los publicanos (1) y otras muchas.

3.° Los casos en que se elige este medio para llenar los vacíos del derecho civil ó para obviar el rigor de sus principios, especialmente aquellos en los cuales no puede haber verdadero pleito, ya á causa de la persona, por ejemplo, si se trata de quejas de un esclavo contra su señor, ó de un hijo contra su padre (2) ; ó por la materia, que no da lugar á ninguna accion ni civil ni pretoriana, por ejemplo, si se trata de demandas de alimentos entre ascendientes, descendientes, patronos y libertos (3), ó demandas de honorarios ó de salarios de profesion en artes liberales, de abogados, de médicos, de ama de cría, etc. (4).

4.° En fin, los casos en que se trata del ejercicio de su *imperium*, de órdenes que dan y hacen ejecutar en caso de necesidad por la fuerza pública ; ya prescindiendo de la instancia ante un *judex*, ya ántes ó durante semejante instancia, ya despues para facilitar la ejecucion forzada de la sentencia del juez. En parte en esta categoría, y en parte en la precedente, están comprendidas las diversas estipulaciones pretorianas de que ya hemos tratado;

---

(1) TACIT. *Annal.* XIII. 51 : «Edixit princeps, ut..... Romæ prætor, per provincias qui pro prætore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent.»

(2) De esto tenemos un ejemplo, t. I, p. 92, cuando el magistrado obliga al dueño á vender el esclavo que ha maltratado.

(3) Dig. 25. 3. *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus, vel patronis, vel libertis*, 5. f. de Ulp.

(4) Dig. 50. 13. *De extraordin. cognit.* 1. f. de Ulp.

las restituciones *in integrum* (*in integrum restitutiones*), y las diferentes daciones de posesion (*missiones in possessionem*), que exigen algunas explicaciones particulares.

Cuando, segun el derecho civil estricto, en consecuencia de un contrato, de un acto judicial ó de cualquiera otro hecho consumado, habia pedido una persona un derecho cualquiera, por ejemplo, un derecho de propiedad ó de crédito, de accion, de excepcion ó de cualquiera otra naturaleza, ó bien cuando se hallaba obligada, ligada para con otra, le quedaba todavía en ciertos casos un recurso extraordinario, para poder obtener del pretor por ciertas consideraciones de equidad su restablecimiento, como si nada hubiese ocurrido en los derechos perdidos, ó más generalmente en la posesion que ántes tenía, que es lo que se llama una *restitutio in integrum*, ó como dice Paulo, *rei vel causæ redintegratio* (1).

La restitucion consistia, en suma, en considerar como no sucedidos los actos que habian tenido lugar y los efectos que habia producido. El pretor la dictaba de propia autoridad, *extra ordinem*, y despues de tomar conocimiento de las causas que podian motivarla (*causa cognita*) (2). Pero no concedia este recurso más que cuando no existia ningun otro más sencillo (3), y cuando habia razones de equidad y una lesion suficiente para justificar semejante medida (4).

Las causas de restitucion exigen una distincion entre los menores y los mayores de veinticinco años, bien que, respecto de aquéllos, sus actos, aunque sin la asistencia de ningun curador, sean válidos segun el derecho civil, la de la minoría puede ser una causa de restitucion, si han sido perjudicados (5). Para los mayores de veinticinco años las causas de restitucion son especialmente la

---

(1) PAUL. *Sent.* 1. 7. *De integri restitutione.* Dig. 4. 1.—*De in integr. restitutione* y los títulos siguientes.—Cod. 2. 53. *De temporibus in integrum restitutionis.*

(2) Dig. 4. 1. *De in integr. restit.* 3. f. de Modest. : «Omnes in integrum restitutiones, causa cognita a prætore promittuntur : scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singuli, subvenit.—PAUL. *Sent.* 1. 7. § 3 : «Integri restitutio..... causa cognito decernitur.

(3) Dig. 4. 4. *De minor.* 16. pr. f. de Ulp. : «In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.»—Compárese con Dig. 4. 1. 7. § 1. f. de Marcel.

(4) Dig. 4. 1. *De in integr. restit.* 4. f. de Calist. : «Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem, vel summam, si majori rei vel summæ præjudicetur, auditur is, qui in integrum restitui postulat.»

(5) Dig. 4. 4. *De minoribus viginti quinque annis.*

violencia, el dolo, el cambio de estado, el error legítimo y la ausencia necesaria (1), ó añade por lo general el pretor: «*Si qua alia mihi justa causa esse videbitur*» (2).

Por Gayo vemos que entre otras pérdidas de derecho ó perjuicios, contra las cuales se puede pedir la restitucion, figuraba la pérdida de una excepcion que se hubiese descuidado en hacer valer la entrega de una fórmula injusta (3), y áun, segun las constituciones imperiales, la cosa juzgada (4).

Es preciso no confundir con la *restitutio in integrum* propiamente dicha, pronunciada por el pretor *extra ordinem*, un medio que empleaba algunas veces para obtener un resultado análogo, á saber: la entrega de una accion, por ejemplo, las acciones *quod metus causa* y de *dolo malo*, ó várias acciones restitutorias para pedir por instancia ante un *judex* la reparacion del daño causado y el restablecimiento de los derechos perdidos, ó tambien la concesion de una excepcion, como la de miedo ó de dolo para rehusar la demanda inícua. Aunque estos medios tienden al mismo fin que la verdadera *restitutio in integrum*, y proceden muchas veces de las mismas causas, se distinguen, sin embargo, de una manera muy notable (5).

El poder del magistrado de tomar medidas de ejecucion (*imperium*), y de disponer de la fuerza pública para darles efecto, era todavía más marcado en las entregas de posesion (*in possessionem missiones*), que podia conceder. Era una medida por medio de la cual conseguia el pretor, ya dar á una persona una seguridad para la conservacion de derechos eventuales dignos de ser protegidos, esperando su realizacion (*rei servandæ causa*); ya en ciertos casos, castigar ó vencer la resistencia opuesta á sus derechos ó á los trámites de la justicia (*contumaciæ coercendæ causa*). — Esta medida consistia en poner en posesion á la parte interesada de los

---

(1) Dig. 4. 6. *Ex quibus causis majores in integrum restituuntur.*— PAUL. *Sent.* 1. 7. § 2: «Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis quæ metum, dolum et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem ætatis gesta esse dicuntur.» Cotéjese con el Dig. 4. 1. 1. f. de Ulp., y 2. f. de Paul.

(2) Dig. 4. 6. 1. § 1. *in fin.* f. de Ulp.

(3) Gay. Com. 4. §§ 57 y 125.

(4) Dig. 4. 4. *De minor.* 7. § 4; 9. pr.; y 18. §§ 2 y 3. f. de Ulp.

(5) Esta distincion está claramente establecida en el Dig. 4. 1. 7. § 1. f. de Marcel, con motivo de la accion *de dolo* y de la restitucion propiamente dicha: lo está tambien, Dig. 4. 2. 21. § 6. f. de Paul., con motivo de la accion *metus causa*: como tambien, Dig. 4. 4. *De minorib.* 13. § 1. f. de Ulp.; aunque en otros textos, y hablando generalmente, el nombre de *in integrum restitutio* se halla extendido algunas veces á ambos procedimientos: por ejemplo, en PAUL. *Sent.* 1. 7. § 4.

bienes, objeto del derecho eventual ó de la resistencia, ó que podian servir de garantía.

La *missio in possessionem* tiene lugar por lo comun en una universalidad de bienes, y á veces en cosas particulares (*in singulas res*). Las causas de estas entregas de posesion eran várias. Tenian por objeto garantir derechos de crédito, de herencia, de legados ó de fideicomisos. *De los derechos de crédito*, por ejemplo, cuando los acreedores son puestos en posesion de los bienes hereditarios de su deudor, cuya sucesion está vacante ó por demasiado tiempo incierta (1); ó en posesion de los bienes del deudor, que se oculta fraudulentamente (*qui latitat*) y que no es defendido por nadie; ó del que despues de haber dado fiadores para responder de que se presentará en juicio, no se presenta ni es defendido por nadie (2). En estos dos últimos casos la entrega de posesion es un medio á la vez de dar garantía á los acreedores y suplir la contumacia del deudor, siendo despues en el procedimiento formulario desconocida la condena por contumacia. *De los derechos de herencia*, por ejemplo, en la entrega de posesion de los bienes hereditarios, concedida *ventris nomine*, en favor del hijo concebido, pero todavía no nacido; ó *ex Carboniano edicto*, al impúbero, hábil para suceder y cuyo estado es litigioso (3). *De los derechos del legado ó del fideicomiso*, en la entrega de posesion de los bienes hereditarios *legatorum seu fideicommissorum servandorum causa* (4), de que ya hemos tratado. Añádase, en fin, á éstos la entrega de posesion por causa de daño inminente (*damni infecti*) (5); entrega que no tiene lugar más que en un edificio que amenaza ruina, es decir, en un objeto particular (*in singulam rem*), y de que tambien hemos hablado ya (6).

La *missio in possessionem* no concede al que recibe una posesion de derecho, ni le adjudica la posesion civil. Los jurisconsultos romanos distinguen cuidadosamente con este motivo el hecho (*in*

(1) Cod. 7. 72. *De bonis aut. jud. possid.* 5, const. de Diocl. y Maxim.— Dig. 42. 4. *Quib. ex caus. in possess. eatur.* 8. f. de Ulp. y 9. f. de Paul.

(2) Dig. 42. 4. 7. §§ 1 y sig. de Ulp. — Ibid. 2. f. de Ulp.; 5. f. de Ulp.; 6. § 2. f. de Paul.

(3) Dig. 47. 9. *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.* — 39. 10. *De Carboniano edicto.*

(4) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.*

(5) Dig. 39. 2. *De damno infecto.*

(6) Sobre las diversas causas de entrega de posesion, ademas de los títulos particulares citados en las notas precedentes, véanse en general los títulos siguientes: Dig. 42. 4. *Quibus ex causis in possessionem eatur.* — 42. 5. *De rebus auctoritate judicis possidendis.* — Y Cod. 7. 72. *De bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis.*

*possessionem ire*) del derecho (*possidere*). La *missio in possessionem* no concede al que recibe más que el hecho, la custodia y la vigilancia de los bienes (*custodiam et observationem*), constituyendo en beneficio suyo una especie de prenda pretoriana (*pignus prætorium*) (1), protegida por un edicto especial ó por una accion *in factum* (2). Sólo en virtud de medidas subsiguientes, y segun la diversidad de casos, pudo producir la *missio in possessionem*, ya una verdadera posesion civil, como en el caso de *damnum infertum*, por un segundo decreto, ya la facultad de hacer vender los bienes.

Estas *missiones in possessionem*, seguidas ulteriormente de la venta de los bienes, nos conducen naturalmente al exámen de las vías de ejecucion forzosa bajo el sistema formulario, en el que hacian el principal papel.

*Vías de ejecucion forzosas*: *Apremio corporal* (duci jubere); — *Venta en masa de los bienes* (missio in possessionem, proscriptio et emptio bonorum); — *Venta en masa por causa pública* (bonorum sectio; sectores); — *Cesion de bienes* (bonorum cessio; bonis cedere); — *Venta al por menor de los bienes* (bonorum distractio); — *Toma de prenda pretoria* (pignoris capio; pignus judicati causa captum; pignus prætorium); — *Accion de la cosa juzgada* (actio judicati).

La ejecucion forzosa de la sentencia tiene de particular, bajo el sistema formulario, que siendo siempre en él la condena pecuniaria, se trata tambien de obligar al deudor al pago de una cantidad determinada de dinero, lo cual tiene lugar áun para las condenas verificadas por acciones reales, salvo lo que hemos dicho del *jussus* prévio de las acciones arbitrarias, órden que si es menester se ejecuta en la mayor parte de los casos, cuando hay posibilidad, *manu militari*, es decir, empleando la fuerza pública de que dispone el pretor. Mas en cuanto á la sentencia, tiene por resultado siempre

(1) Dig. 13. 7. *De pignerat. act.* 26. f. de Ulp.: «Non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, etc.»

(2) Dig. 43. 4. *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* — En caso de resistencia el entregado podia entrar en posesion con el auxilio de la fuerza pública. Dig. 36. 4. *Ut in poss. legat.* 5. § 27. f. de Ulp.: «Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum, aut per viatorem, aut per officialem præfecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.» — Véase tambien Dig. 43. 4. *Ne vis fiat.* 3. f. de Ulp.

el pago de una cantidad pecuniaria, al cual hay que compeler al deudor condenado.

El medio de ejecucion bajo el sistema de las acciones de la ley era la *manus injectio* con todas sus consecuencias contra la persona del deudor; y sólo en algunos casos raros, enlazados con el derecho religioso ó con el derecho público, la *pignoris capio*, contra sus bienes. No tenemos indicacion precisa sobre la abolicion de estas dos acciones de la ley, pero tenemos razones para creer que sobrevivieron aún á la ley ÆBUTIA, y no dejaron de estar en vigor más que en consecuencia de las disposiciones de las leyes JULIÆ (1). Ahora se trata de ver cómo se modificaron y transfomaron por el sistema formulario, y cuáles fueron las instituciones que ocuparon su lugar.

El plazo de treinta dias, ó *dies justi*, *legitimum judicati tempus*, concedido por la ley de las Doce Tablas al deudor condenado (*judicatus*) ó que ha confesado *in jure* la deuda pecuniaria (*confessus*), como una especie de armisticio para que tuviese tiempo de cumplir voluntariamente, se ha conservado hasta nuestros dias. Sin embargo, podia, segun las circunstancias, y especialmente por causa de urgencia, reducirse por el magistrado (2), ó por el contrario, prorogarlo, segun parece, hasta el doble (3). Durante este plazo no podia ejercerse ningun apremio, ni en la persona, ni en los bienes del deudor. Espirado el plazo, estaban libres las vías de ejecucion forzosa.

El derecho del acreedor contra la persona del deudor, ejercido antiguamente por medio de la *manus injectio*, se conservó bajo el imperio, y áun existia en tiempo de Justiniano (4): no en la mis-

---

(1) Gay. Com. 4. § 25, cotejado con los §§ 30 y 31.

(2) Dig. 42. 1. *De re judicat.* 2. f. Ulp.: «Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat; sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat, pro causæ qualitate et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia, etc.»

(3) Cod. Teodos. 4. 19. *De usur. rei. judic.* const. unic. de Grac., Valent. y Teod. «Qui post judicii finem, exceptis *duobus mensibus*, quibus per leges solutionum nonnunquam est *concessa dilatio*..... etc.» — Gay. (Com. 3. § 78) indica esta próroga como autorizada por el edicto: «Item judicatorum, post tempus quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur.»

(4) Se puede seguir la huella de esta institucion, que continuó aplicándose, no obstante sus modificaciones, en los pasajes siguientes: PLUTARCO, *Lucullus*, 20. — CICER. *Pro Flacco*, 20, 21. — LEX RUBRIA, *Galliæ Cisalpinæ*, que repite muchas veces, cap. 21 y 22, hablando del *judicatus* ó del *confessus*, que no se ejecuta: «Prætor..... eosque duci, bona eorum possideri, proscribique, venireque jubeto», «duci jubeto.» — DIODORO, 1, 79, el cual nos dice que el Egipto gozaba de este privilegio, no pudiendo tener lugar la prision por deudas. — SÉNECA, *De benef.* III. 8. — AUL. GEL., *Noct. attic.* XX, 1, que dice, hablando de su época: «Addici namque nunc et vinciri mul-

ma forma ni con los efectos rigurosos de la *addictio*, sino como un derecho de prision y servidumbre contra el deudor condenado, para obligarle á pagar. Ya no tenian lugar las formalidades de la *manus injectio*, sino que el acreedor, despues del plazo legal, obtenia del pretor, que decidia *extra ordinem*, un *duci jubere*, es decir, una órden que le autorizaba á llevarse á su deudor y á detenerle en su casa, trabajando en su servicio hasta el pago de la deuda, sin que por esto perdiese su libertad, pues que se hacía esclavo más bien de hecho que de derecho, y sin que los hijos pudiesen ser compelidos á servir tambien por la deuda del padre (1). Aunque haya sido prohibido más tarde por Zenon y Justiniano, como crímen de lesa majestad, establecer prisiones privadas (*privata carcera*) (2); sin embargo, esta prision por deudas no se sufria, áun en estos últimos tiempos, como una simple detencion en una prision pública: habia siempre una especie de servidumbre privada del deudor, como trabajador en provecho del acreedor.

Mas el medio de ejecucion verdaderamente propio del sistema formulario, y sustituido por el derecho pretoriano á la antigua *manus injectio*, fué la *missio in possessionem* del acreedor ó de los acreedores, sobre la universalidad de los bienes del deudor. Nos formarémos una idea bastante exacta de esta vía de ejecucion, diciendo que es una imitacion casi servil de la *manus injectio*, con la diferencia que en lugar de la persona son objeto de ella todos los bienes del deudor. La personalidad jurídica, es decir, el conjunto de todos los derechos activos ó pasivos que tenía el deudor, ha ocupado el lugar de la personalidad física, aplicándose á la una lo que en la accion de la ley se aplicaba á la otra. Transcurrido el

---

tos videmus.» (*Hist. de la legisl. rom.*, p. 84, nota 3). PAUL. *Sent.* 5, 26, §§ 1 y 2: «Hac lege excipiuntur judicati etiam et confessi; et qui ideo in carcerem duci jubentur quod jus dicenti non obtemperaverint. — GAY. Com. 3. § 199: «Si quis liberorum nostrorum..... sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.» — Dig. 4. 6. *Ex quibus caus. major.* 23. pr. f. Ulp.: «Fieri enim poterat, ut quis in vinculis præsens esset, vel in publica, vel in privata vincula ductus: nam et eum qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu adquirere constat.» — Dig. 42. 1. *De re judic.* 34. f. Lucian. Rufin.: «Si victum vel stratum inferri quis judicato non patietur, utilis in eum pœnalis, actio danda est, vel, ut quidam putant, injuriarum cum eo agi poterit.» — Cod. 7. 71. *Qui bon. ced.* const. 1, en la cual Alejandro Severo presenta como una de las ventajas de la cesion de bienes impedir *ne judicati detrahantur in carcerem.* — Y en fin, Justiniano, el cual, en el mismo título de su Código en que se halla el texto precedente, dice, hablando siempre de la cesion de bienes, que tiene lugar, «*salva videlicet existimatione, et omni corporali cruciatu semoto.*»

(1) Cod. 4. 10. *De obligat. et act.* 12. const. de Diocl. y Maxim.: «Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur.»

(2) Cod. 9. 5. *De privat. carcer.* 1. const. de Zenon. — Cod. 1. 4. *De episc. aud.* 23. const. de Justinian.

antiguo plazo, la suspension legal de treinta dias, el pretor da, *extra ordinem*, un decreto, por el cual manda, como en otro tiempo, y segun acabamos de decir, que el deudor sea llevado (*duci jubere*) : y ademas, que la universalidad de sus bienes sea poseida por los acreedores (*bona possideri*), anunciada públicamente por edictos escritos como debiendo venderse (*proscribique*), y en fin, venderse (*venireque*). Desde este decreto se empleaba un nuevo plazo de sesenta dias, el mismo todavía que el de las Doce Tablas, en hacer el anuncio por edictos de la venta futura (*proscriptio*), el nombramiento de un síndico (*magister*), y la publicacion de las condiciones de la venta (*lex bonorum vendundorum*). Despues tiene lugar la venta de la universalidad de los bienes (*bonorum emptio*), ó más bien de la personalidad jurídica del deudor, como se verificaba en otro tiempo la de su persona física, vendida *peregre, trans Tiberim*. Esta universalidad se adjudica al que ofrece mayor dividendo á los acreedores, reasumiendo éste, no los bienes aisladamente, sino la universalidad, el todo de los derechos activos y pasivos, en una palabra, la persona jurídica del deudor : es su sucesor universal, propietario, acreedor y deudor en su lugar, salvo el beneficio de la recusacion de créditos, segun la ley de la venta. Por consiguiente, el deudor es despojado de la persona jurídica que tenía ántes, y sufre una *capitis deminutio*, la cual era infamante y destruia su *existimatio;* nada debe ya de sus antiguas deudas, no puede ser demandado por ningun resto de ellas, y principia desde entónces una persona nueva ; éste es el género de sucesion universal, de que hemos dado ya algunos detalles. Es preciso, pues, distinguir esta gradacion de las operaciones que tienen lugar : *missio in possessionem*, *proscriptio*, y en fin, *epmtio bonorum ;* serie de actos que la ley RUBRIA nos indica en estos términos : «*Prætor eosque duci, bona eorum possideri, proscribique, venireque jubeto*» (1).

No debe confundirse con la *emptio bonorum* la *sectio bonorum*, que es más antigua aún, y que pertenece, no ya como la anterior, al derecho pretoriano solamente, sino al mismo derecho civil. Las noticias que nos da Gayo no nos permiten incurrir en la confusion en que han caido la mayor parte de los autores anteriores á

(1) Más atras, pág. 665, nota 2. — Los pormenores sobre esta via de ejecucion nos los da Gayo, Com. 3. § 78, y Teófilo, los cuales hemos citado ya anteriormente.

nuestra época. La *sectio bonorum* se aplicaba á la universalidad de los bienes del que por una acusacion pública (*per publicum judicium*) ha sido criminalmente condenado (*damnatus et proscriptus*) á una pena que lleve consigo la adjudicacion de sus bienes al tesoro público (*publicatio*). El pretor ponia á los cuestores en posesion de la universalidad de los bienes, y éstos los vendian públicamente bajo el símbolo quiritario de la propiedad civil (*sub hasta*), y los que adquirian esta suma universal de bienes eran sucesores universales segun el derecho civil. Tambien Varron incluye la *sectio bonorum* en el número de los medios de adquirir el *dominium ex jure Quiritium* (1). Como la intencion de estos adquirentes era por lo comun volver á vender los bienes al pormenor, por eso se les llamó *sectores* (2). Así la *sectio bonorum* es una venta universal en beneficio del público, y la *emptio bonorum* en beneficio de los particulares : *si bona publice aut privatim venierint*, dice Gayo (3). La última ha sido separada de la otra por una extension pretoriana, y sustituida con cierta asimilacion á la *manus injectio*.

Hácia fines de la república, por una ley JULIA, probablemente una de las leyes judiciales, ya de Julio César, ya de Augusto, se facilitó un medio al deudor empeñado de escapar al doble inconveniente del apremio corporal contra su persona, y de la infamia inseparable de la *bonorum emptio*, que fué el hacer voluntariamente cesion de bienes á sus acreedores (*bonorum cessio*), es decir,

---

(1) VARR. *De R. R.* II, 10 : « Dominium legitimum sex fere res perficiunt : si hereditatem justam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit, aut si usucepit ; aut si e præda sub corona emit; *tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.* » Véase t. I, pág. 189, nota 1. — Las expresiones *si e præda sub corona emit*, indican la venta de prisioneros, que se hacian tambien *sub hasta*, *sub corona*, y que era una venta de objetos particulares, y no de universalidad.

(2) ASCON. *Ad Cicer, Verr.* I. 20 : « Sectorem..... dicit æstimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proscripti, qui..... secutus spem æstimationis suæ bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel ærario vel sociis. » - Ibid. 23 : « Sectores. ... qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias pensitabant singulis. » — GAYO Com. 4, § 146 : « Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur » Este interdicto *sectorium* está reducido por Gayo al interdicto *possessorium*, que se ha concedido al *bonorum emptor* (§ 145), y esta semejanza marca bien la distincion entre la *bonorum sectio* y la *bonorum emptio*. — Se hallan documentos relativos á la *bonorum sectio*, en CICER., *Pro Rosc. com.* c. 29, 31, 33, 36, 43, 51 y sig. —LIB XXXVIII, 58 y 60.—VAL. MAX. IV, 1. § 8.— AUL. GEL. VII, 19.—Todavía encontramos vestigios de esto en un fragmento del Digesto. 17. 2. *Pro socio*, 65. § 12. f. Paul. : « Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicantur : nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur. »

(3) Gay. Com. 4. § 151.

abandono de la universalidad de sus bienes. En esto se seguia la venta, y tenía lugar por universalidad, como en el caso de ejecucion forzosa (1); pero el deudor no podia ser preso, ni era tachado de infame. Con todo, tiene de notable que no decayendo de su estado no se libraba de sus deudas, y los acreedores, nó pagados por entero, conservaban el derecho, si llegaba á adquirir nuevos bienes, de perseguirle para el pago de los que les habia quedado á deber (2), salvo el beneficio que tenía de no poder ser condenado más que *quantum facere potest* (3). De algunos textos puede inferirse que la cesion de bienes no se permitia más que al deudor desgraciado y de buena fe (4). De que la cuestion de bienes haya sido introducida por una ley JULIA, probablemente una de las leyes JULIÆ *judiciariæ*, se debe sacar la importante conclusion de que si la accion *per manus injectionem* ha seguido en uso hasta estas leyes, por lo ménos á su sombra, el pretor y la práctica habian ya introducido la ejecucion forzosa por *emptio bonorum*, puesto que las leyes JULIÆ facilitaban al deudor un medio de escapar á las más penosas de sus consecuencias.

Un senado-consulto que existia en tiempo de Marco-Aurelio Antonino y de Gayo, concedió á la ejecucion *emptio bonorum* una excepcion privilegiada muy importante y digna de consideracion. Mandó que cuando el deudor fuese una *clara persona*, por ejemplo, un senador ó su *uxor*, los bienes, en lugar de venderse en masa por el procedimiento de la *emptio bonorum*, lo que llevaba consigo la capitis-minutio, infamia y sucesion universal, lo fuesen simplemente al pormenor, por ministerio de un curador de bienes (*curator*) (5), que es lo que se llama la *distractio bonorum* ó venta

(1) Gay. Com. 3. § 78 : «Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum, velut eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; *item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt;* item judicatorum..... etc.»

(2) Cod. 7. 71. *Qui bonis cedere possunt*, 1. const. de Alej.: «Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.» — Cod. 2. 12. *Ex quib. caus. infam.* 11. const. de Alej. : «Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.» — Justiniano, const. 8 del mismo título, dice tambien de esta cesion, á la que da la calificacion de *miserabile cessionis bonorum auxilium*, que tiene lugar : «salva videlicet eorum existimatione, et omni corporali cruciatur semoto.»

(3) Dig. 42. 3. *De cession. bonor.* 4. f. Ulp.

(4) Dig. 42. 1. *De re judic.* 51. f. Paul. — Cod. Teod. 4. 20. *Qui bonis ex lege Julia cedere possunt.* 1. const. de Gracian.

(5) Dig. 27, 10. *De curat. fur. et aliis.* 5. f. Gay.: «Curator ex S. C. constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris ejus, in ea causa sit, ut ejus bona venire debeant : nam, ut honestius ex bonis ejus quantum potest, creditoribus solveretur, curator constituitur, distrahendo-

por menor de los bienes, la cual no debe confundirse con la *emptio bonorum* ó venta en masa ó por universalidad, ni al *curator* de la una con el *magister* de la otra. La *distractio* no lleva consigo ninguna pérdida de estado, ninguna sucesion; pero tampoco liberta al deudor si el precio de los objetos vendidos es insuficiente para pagar por entero á los acreedores. Esta *distractio bonorum*, introducida al principio como privilegio, estaba destinada á convertirse en derecho comun y á reemplazar completamente á la *emptio bonorum* cuando caducase el procedimiento formulario.

En fin, la accion de la ley *per pignoris capionem* tuvo, bajo el sistema formulario, alguna cosa de más análoga y de más conforme á los progresos de la civilizacion. Si no era la parte interesada la que en algunos casos especiales se apoderaba, por sí misma, sin intervencion del magistrado, de alguna cosa de su deudor para que le sirviese de prenda, fué el magistrado el que, generalmente, para asegurar la ejecucion de las sentencias, pudo mandar semejante ocupacion de prenda. Unas constituciones imperiales, que se remontan lo ménos hasta Antonino Pío, sancionaron esta práctica, en la que se halla un medio de ejecucion forzosa, distinto todavía de los precedentes (1). En el caso de confesión de la deuda, ó de condena, despues del plazo concedido para pagar voluntariamente, el magistrado puede apoderarse por medio de sus oficiales llamados de otro modo *viatores*, *apparitores*, ó en general, *executores*, de algunos bienes del deudor condenado, que constituyen así una especie de secuestro, de prenda pretoria, *pignus prætorium*. Si dentro de dos meses el deudor no los desempeña pagando su deuda, son vendidos siempre por los *officiales* del magistrado, y el precio se emplea en pagar al acreedor (2). En caso de no

---

rum bonorum gratia, vel a prætore, vel in provinciis a præside.» — Ib. 9. f. Nerat. — Dig. 42. 7. *De curat. bon. dando*, 4. f. Papir. Just.: «Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: bonis per curatorem ex S. C. distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere.»

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 31. f. Callistr.: «Si qui tamen per contumaciam magis quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem: pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex forma quam Cassio proconsuli D. pius in hæc verba rescripsit: His qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur: eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei cujus pignora vendita erunt.» — Cod. 8. 23. *Si in causa judicati pignus captum sit*, 1. const. de Anton.: «Res ob causam judicati ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ad distrahi posse, sæpe rescriptum est. Nam invicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.»

(2) Véase la nota precedente, principalmente la ley 31, que en ella se cita.

haber comprador, la prenda debe adjudicarse (*addictum*) al acreedor por un precio determinado (1). En este secuestro y venta de la prenda debe seguir el magistrado cierto órden; primero los muebles (*res mobiles*); en caso de insuficiencia, los inmuebles (*res soli*), y despues de esto, si todavía no alcanzan, los derechos (*jura*) (2). La utilidad de esta *pignoris capio* pretoriana es distinta de la de la *emptio* y áun de la *distractio bonorum*. En la *emptio* y en la *distractio bonorum* lo que se embarga y se vende en masa ó por menor es el conjunto de todos los bienes, de toda la fortuna del deudor : en la *pignoris capio* sólo algunos bienes, los que el magistrado juzga suficientes para el pago de la deuda : el primer procedimiento es para los casos de insolvencia del deudor y de concurso de acreedores; el segundo, para el caso en que el deudor es más bien pertinaz que insolvente. La *emptio bonorum*, que lleva consigo sucesion universal, terminó, segun Gayo, con el procedimiento formulario; pero la *distractio bonorum* y la *pignoris capio* formaron las dos vías de ejecucion forzosa, y tenian todos los caractéres de aquella antigua ejecucion.

Todos estos medios de ejecucion tienen lugar y son prescriptos por el pretor *extra ordinem* en la hipótesis de que la existencia de la sentencia de condena no ha sido contestada; pero si el demandado niega el hecho de que haya habido sentencia contra él (3), ó si pretende haberse ya libertado de ella (4), se suscita una contienda que no puede ya decidirse sino segun el procedimiento ordinario, con dacion de un juez y de una fórmula, que es el objeto de la *actio judicati*. Hé aquí los trámites que se seguian. En el plazo que constituia un armisticio legal para el deudor, ni la *actio judicati* (5), ni por consecuencia ningun medio de ejecucion forzosa podian tener lugar. Pasado este plazo, el acreedor que queria llevar á efecto la sentencia obtenida por él citaba á su adversario *in jus* para pedir y conseguir contra él, en caso de necesidad, la *actio judicati*, que es lo que impropiamente se llama *judicati agere*.

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 15. § 3. f. Ulp.

(2) Ib. 15. § 2. f. Ulp.

(3) Dig. 49. 8. *Quæ sentent. sine appell.* 1. f. Macer. : «Si quæratur, judicatum sit, necne, et hujus quæstionis judex *non esse judicatum* pronuntiaverit, licet fuerit judicatum : rescinditur, si provocatum non fuerit.»

(4) Dig. 42. 1. *De re judic.* 7. f. Gay. : «Intra dies constitutos, quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse hodie non dubitatur.»

(5) Véase la nota precedente.

Reunidos *in jus*, si el hecho de la sentencia de condena y de la existencia de la obligacion que de ella habia nacido se reconocia, no habia lugar á ninguna accion propiamente dicha, á ningun *judicium*. El pretor decidia *extra ordinem*, y en virtud de su *imperium* prescribia las diversas medidas de ejecucion que acabamos de expresar; pero si se negaba la existencia misma de la sentencia ó de la obligacion que habia producido, entónces el pretor entregaba la *actio judicati* propiamente dicha, es decir, una fórmula de accion con remision ante el juez para que decidiese esta cuestion. Hé aquí por qué la *actio judicati* se nos presenta en los textos, ya como medio de persecucion para la ejecucion, ya como medio de hacer decidir sobre la existencia contestada de la sentencia, segun que se la considera respecto á las partes citadas *in jus* ó remitidas *in judicio*.—El demandado que queria negar la existencia de la sentencia y defenderse de la accion *judicati*, no estaba obligado ya, como bajo el régimen de las acciones de la ley, á dar un *vindex;* sino que esta obligacion habia sido reemplazada por la de dar una caucion *judicatum solvi* (1). Ademas, en castigo de su denegacion, si era condenado, la fórmula contenia la órden de condenarle al doble: la accion *judicati* era una de las *quæ inficiatione duplantur* (2); era aún el tipo primitivo de ellas.

*Resúmen y conjunto de un procedimiento bajo el sistema formulario.*

El carácter de la *in jus vocatio*, en principio, permanece el mismo: el cuidado de convocar, y en caso de necesidad, de llevar por fuerza á su adversario ante el magistrado, pertenece siempre al demandante como acto privado; pero en realidad la práctica y el derecho pretoriano daban á esta lucha privada medios públicos de ejecucion. El magistrado interpone su autoridad; la resistencia del que es llamado *in jus* se reprime por medios pretorianos, por la toma de prenda, ó por una accion para pedir una pena pecuniaria (*multa quanti ea res est*), tanto contra el que ha rehusado comparecer, como contra los que hubiesen protegido su resistencia (3).

(1) Gay. Com. 4. § 25: «Itaque judicatus..... vindicem dare debebat..... Unde nostris temporibus in cum quo judicati..... agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.»

(2) Gay. Com. 4. § 9 y 171.

(3) Gay. Com. 4. § 46.—Dig. 2. 5. *Si quis in jus.* 2. § 1. f. Paul.: «Si quis in jus vocatus non erit,

El uso del *vindex*, por medio del cual el llamado *in jus* podia librarse de la obligacion de seguir al que le llamaba, ya no existe: le basta ahora dar por caucion un fiador (*fidejussor judicio sistendi causa*). El *vindex* era un tercero que intervenia y tomaba el negocio por su cuenta; el *fidejussor* no es más que una caucion responsable de una pena pecuniaria fijada por la estipulacion, de que el llamado se presentará *in jus* el dia prometido por él (1).

Si el que el demandante quiere llamar *in jus* está ausente, y no tiene nadie que tome su causa, no puede tener lugar la *vocatio in jus*, y es imposible la organizacion de la instancia. Los romanos no conocian la asignacion y el procedimiento entablados en rebeldía contra su adversario ausente; pero el edicto ofrece contra este inconveniente un remedio pretoriano: la entrega en posesion de los bienes del ausente á título de garantía (*misio in possessionem custodiæ causa*).

El demandante puede, al mismo tiempo que llama *in jus* á su adversario, manifestarle su pretension y la accion que piensa ejercitar contra él, que es lo que se llama *actionem denuntiare, actionis denuntiatio* (2). Pero este acto no es de ningun modo obligatorio, es puramente oficioso y facultativo, y sólo el demandante tiene, por lo comun, interes en hacerlo; porque estando informado el demandado de antemano de lo que se trata, podrá marchar el procedimiento con más celeridad. Tambien se hizo de él uso muy frecuente.

Trasladadas las partes á presencia del magistrado (*in jure*), el cumplimiento del rito sacramental de las acciones de la ley, que tenía lugar ántes, es reemplazado por las formalidades relativas á la designacion, á la redaccion y á la entrega de la accion y de su fórmula.

El demandante empieza por indicar ante el magistrado la accion que quiere ejercer y la fórmula de que piensa servirse, haciendo esta indicacion, ya verbalmente, ya por escrito (*per libellum*), ya

---

ex causa a competente judici mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur.»—Dig. 25. 4. *De insp. ventr.* 1. § 3. f. Ulp.: «Cogenda igitur erit remediis prætoriis, et in jus venire, et si venerit respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si contemnat, vel mulctis coercenda.»—Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat.* 5. § 1. f. Ulp.: «In eum autem, qui vi exemit, in factum judicium datur..... quanti ea res est ab actore æstimanda..... § 3..... Et si plures deliquerint in singulos dabitur: et nihilominus manet qui exemptus est, obligatus.»

(1) Dig. 2. 6. *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.*

(2) Dig. 5. 2. *De inoffic. test.* 7. f. Paul.—5. 3. *De hered. petit.* 20. § 11. f. Ulp.

refiriéndose simplemente á una fórmula inserta en el *album*, que es lo que se llama *edere ó dictare actionem*, *actionis editio*. Este acto no es, como la *denuntiatio*, puramente facultativo; es oficioso y de rigor. Por lo demas, no obliga al demandante, que todavía es libre, hasta despues de la *litis contestatio*, de modificar los términos de su demanda, y hasta de cambiar de accion. La *actionis editio* y el acto que figura á veces en los textos con el nombre de *actionis postulatio*, mirados en otro tiempo por los intérpretes como dos actos de procedimientos distintos y separados, parecen no constituir en realidad más que una sola formalidad y confundirse el uno con el otro; porque indicar delante del magistrado la accion que se desea ejercer, es pedírsela, ó pedirla es indicarla.

El demandado, despues que la *actionis editio* le ha hecho conocer la pretension del demandante, es libre ó de entablar en seguida los debates sobre la entrega de esta accion, ó de reclamar un plazo para reflexionar. Si reclama el plazo, debe obligarse, ante el magistrado, bajo una pena pecuniaria, á presentarse *in jure* el dia prefijado, que es el *vadimonium* del sistema formulario. Este compromiso debe tomarse por él, en ciertos casos, por simple promesa verbal sobre estipulacion (*vadimonium purum*); en otros, bajo la fe del juramento (*jurejurando*); y á veces con dacion de fiadores (*cum satis datione*), ó bien con nombramiento inmediato de recuperadores encargados de condenar al demandado á la suma prometida si no se presenta en el dia fijado (*recuperatoribus suppositis*). Semejantes compromisos tienen lugar igualmente en todos los casos en que, comenzado el negocio ante el magistrado, no puede terminarse el mismo dia (1). En cuanto á los *vadimonia*, que bajo las acciones de la ley se hacian tambien en el segundo período del proceso, es decir, á presencia del juez (*in judicio*), ya no existen bajo el sistema formulario.

Los debates ante el magistrado (*in jure*) tienen por objeto determinar si se dará una accion al demandante; y, en caso de afirmativa, de hacer redactar la fórmula.—Si el negocio es de tal naturaleza que puede ser resuelto *extra ordinem*, por la sola jurisdiccion, ó si el magistrado juzga que el demandante no está en el caso de tener derecho á ninguna accion (2); ó bien si hay por

(1) Gay. Com. 4. § 184 y sig.

(2) Dig. 45. 1. *De Verb. obl.* 26. f. Ulp., y 27. f. Pomp.

parte del demandado la confesion y reconocimiento del derecho del demandante (*confessio in jure*) (1): tambien si una de las partes ante el tribunal difiere á la otra el juramento sobre la existencia del derecho contestado (*jusjurandum in jure*) (2): en todos estos diversos casos el negocio se termina en presencia del magistrado, si no há lugar á la dacion de un juez y á la reclamacion de una fórmula. Ya hemos descrito cómo se procede á esta redaccion. Si para esto se necesitan algunas noticias de cualquiera de las dos partes, por ejemplo, si se trata de saber si el demandado es *heredero* del deudor primitivo; ó en una accion noxal, si es *propietario* del esclavo que ha causado el daño; ó cuando la edad de una de las dos partes debe tener influencia sobre el derecho, y hay necesidad de saber esta edad; en estos varios casos deben pedirse estas noticias, ya por una de las partes á la otra, ya por el magistrado por medio de una *interrogatio in jure*, que impone la obligacion de responder, con tal que verse sobre hechos personales á la parte interrogada (3). Una vez decidida la redaccion de la fórmula, es entregada á las partes, que es lo que se llama, por parte del magistrado, *indulgere*, *permittere*, *tribuere* ó *accomodare actionem;* y, por parte del demandado, *actionem impetrare*, *actionis impetratio* (4).

Nada nos indica que la *comperendinatio*, de que nos habla Gayo como practicada bajo las acciones de la ley, se haya conservado bajo el sistema formulario.

En cuanto á la *litis contestatio*, se ha modificado notablemente, respecto á su fórmula, en la práctica del sistema formulario: ha perdido el carácter primitivo de donde le habia venido el nombre; las partes ya no citan testigos para comprobar los debates y la organizacion de la instancia que acaban de tener lugar, sino que la fórmula resume y certifica estos hechos por escrito. Sin embargo,

---

(1) Dig. 42. 2. *De confessis*, 1. f. Paul.: «*Confessus, pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.*»—Con todo, si la confesion no es de una cantidad determinada, todavía há lugar á la accion de un juez, no ya para juzgar de la existencia del derecho, sino para estimar su valor (*non rei judicandæ æstimandæ*).—Ibid. 6. f. Ulp., y Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 25. § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 12. 1. *De jurejurando sive voluntario, sive necesario, sive judiciali*, 34, § 6. f. Ulp.: «Ait prætor, eum a quo jusjurandum petitur solvere aut jurare cogam.»

(3) Dig. 11. 1. *De interrogationibus in jure faciendis, et interrogatoriis actionibus.*

(4) Véanse unos detalles sobre estos debates para llegar á la redaccion de la fórmula, en CICERON, *part. orat.* c. 28: *Pro Cæcin.*, c. 3, *in Verr.* IV., 66; *De invent.*, c. 19; y en ASCONIUS, *In Verr.* c. 3, que se expresa así: «Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet.»

el nombre de *litis contestatio* queda para designar la conclusion del procedimiento *in jure*, en la última época de este procedimiento, en la que se hacía en otro tiempo la invocacion de testigos (1).

Con relacion á sus efectos, la *litis contestatio* ha tomado una importancia más marcada que antiguamente, en la cual debe fijarse la atencion. Presenta el proceso una faz enteramente nueva. Hasta entónces el procedimiento no habia establecido ningun vínculo de derecho entre las partes, dejando á ambas en el mismo estado que ántes; pero desde la *litis contestatio* ya no es lo mismo, produciendo el efecto capital y singular de ligar á las partes y hacer nacer entre ellas una obligacion particular derivada del cuasi-contrato (*cuasi excontractu*); la obligacion de sufrir los trámites de la instancia judicial y los efectos de la sentencia. Hé aquí el verdadero resultado de la *litis contestatio*, el *resultado principal*, del que los otros no son más que consecuencias. Así:

1.° *En cuanto al procedimiento*, pues que hay obligacion de sufrir el curso de la instancia, queda establecido el pleito desde este momento: *Judicium constitutum*, *judicium acceptum*, ó *susceptum*, *res in judicio deducta*, *litis inchoata*, son sinónimos de la *litis contestata*. Por consiguiente, aunque el demandante ó el demandado no comparezcan, el negocio debe decidirse igualmente por una sentencia de absolucion ó condena, que tendrá el mismo efecto que si fuese contradictoria, no teniendo aquí ya aplicacion el principio de que no se puede obrar por la *in jus vocatio* contra un ausente, porque hay para las partes obligacion de ser juzgadas (2).

Puesto que hay obligacion, estos tres puntos que constituyen los elementos esenciales de toda instancia, el juez, los litigantes y la cosa, es decir, el objeto y las condiciones del litigio, están definitivamente determinados y acordados; de modo que áun en caso

---

(1) Este texto del Código, 3. 9. *De litis contestatione*, 1. const. de Sever. y Anton.: «Lis tunc *contestata* videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit», produciría error, si se le aplicase á la época del sistema formulario. Hoy se reconoce que sólo puede referirse al sistema posterior: por un error cronológico ó por interpolacion se ha atribuido á los emperadores Severo y Antonino.

(2) En el caso de contumacia del demandado, en este estado del procedimiento, el magistrado sobre la instancia del demandante publicaba un edicto (*edictum*) renovado, si habia lugar, una ó dos veces en intervalos de diez dias ó ménos para invitar al contumaz á comparecer. El último de estos edictos se llama *perentorium*: si no obedece, es *contumaz*, y ya el juez, ya el magistrado *extra ordinem*, falla el negocio como si estuviese presente. (Véase PAULO, *Sentent.* 5. 5. A. *De effectu sententiarum et finibus litium*, § 7.— Dig. 5. 1. *De judiciis.* 68 á 75.—42. 1. *De rejudicata.* 53. f. de Hermog.—Cod. 7. 43. *Quomodo et quando judex sententiam proferre debeat præsentibus partibus vel una parte absente.*

de error ó de perjuicio injusto no podrian ya modificarse más que por una restitucion *in integrum*, y la cosa litigiosa desde este momento es inalienable (1). Sin embargo, la muerte de juez ó de uno de los litigantes, ó la constitucion de un procurador dan lugar á un reemplazo de persona (*judicii* ó *litis translatio*), que puede verificarse más simplemente por medio de un cambio de nombre hecho por el pretor en el nombramiento de juez ó en la *condemnatio* de la fórmula (2). Por la misma razon que se ha contraido entre los litigantes una obligacion, la accion se convierte en un derecho adquirido para ellos; así, pues, fuese la que quisiese en su orígen, desde entónces es perpétua y transmisible, y se da en pro ó en contra de los herederos (3).

2.° *En cuanto al derecho*, puesto que hay una obligacion nueva, el derecho primitivo, en virtud del cual se ha intentado la accion, no debe existir ya, ó por lo ménos no debe poder producir otro efecto; si el demandante tenía que estar obligado á la vez á los resultados de esta obligacion nueva ó del antiguo derecho que existia contra él, habria en ello una iniquidad. El antiguo derecho queda extinguido completamente *ipso jure* por una novacion de derecho civil, si la accion ejercida es una accion personal (*in personam*), legítima (*legitimum judicium*) y concebida *in jus*: porque entónces el derecho primitivo es una obligacion civil de la misma naturaleza; y así, pues, puede tener la fuerza de novar la primera á que se sustituye, y de consiguiente, la antigua obligacion se extingue, y el demandante no puede obrar por la misma causa: «*Postea ipso jure de eadem re agi non potest.*» Ya hemos hablado de esta novacion forzada, creada por el curso del procedimiento, y de sus diferencias, con la novacion voluntaria. Pero no sucede así; no se verifica novacion alguna, y subsiste el antiguo derecho si la accion intentada carece de alguna de las tres condiciones que acabamos de indicar. En efecto, si es *in rem*, el derecho primitivo es un derecho real, y como tal no puede novarse por una obligacion. Si está concebida *in factum*, la *intentio* no anuncia cuestion

(1) Dig. 44. 6. *De litigiosis.*—Cod. 8. 37. *De litigiosis.*

(2) Dig. 3. 3. *De procur.*, leyes 17. 27. 42. § últ., 46. pr.—4. 3. *De dolo*, 7.—17. 1. *Mandat.* 45. § 1.—20. 6. *Quib. mod. ping.* 1. § 2.—27. 7. *De fit. tut.* 8. § 1.—38. 1. *De oper. libert.* 29.—Cod. 5. 53. *De in lit. jur.*—5. 1. *De judic.* 57.—9. 4. *De nox. act.* 15.—40. 12. *De libert. caus.* 24. § 4, etc., etc.—Consúltese á Gay. Com. 4. § 36.

(3) Dig. 27. 7. *De fidejus. et nom.* 8. § 1. Paul.: «Litis contestatione et pœnales actiones transmituntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.»

alguna de derecho; está fundada únicamente sobre la existencia de un hecho, y un hecho tampoco es susceptible de novacion: la obligacion que ha producido la *litis contestatio* no puede hacer que este hecho exista ó deje de existir. En fin, si no es más que *judicium imperio continens*, no tomando más que una autoridad temporal del poder del magistrado con el cual espira, es impotente para destruir directamente un derecho permanente (1). Nótese, en efecto, qué injusticia se cometeria si una accion tan precaria cómo el *judicium imperio continens*, á la cual la muerte, la dimision ó la conclusion del cargo de magistrado puede poner fin á cada instante ántes de la sentencia, hubiese producido el efecto de destruir completamente el derecho primitivo sobre el cual estaba fundada; de donde se sigue que, no siendo posible la novacion en ninguno de los tres casos que acabamos de recorrer, subsiste siempre el derecho primitivo. El demandado está obligado á la vez por este derecho y por la nueva obligacion nacida de la *litis contestatio*, de suerte que el demandante podria, áun en rigor y ántes de la sentencia, intentar contra él nuevas acciones por la misma causa; mas como esta doble persecucion sería injusta, la rechazaria la nueva accion por la excepcion *rei in judicium deducta* (2). Si el *judicium imperio continens* concluia sin efecto definitivo por la cesacion en sus funciones del magistrado ántes de la sentencia, creemos que la excepcion *rei in judicium deducta* no podria oponerse á la nueva accion que sería intentada, porque la equidad, léjos de prohibirlo, exigiria que pudiese empezar de nuevo la persecucion del derecho.

Despues de la *litis contestatio* está el negocio terminado *in jus*, principiado ante el juez (*in judicio*), es la segunda faz del proceso. No se sabe si el caso de las conclusiones sumarias y prévias (*causæ collectio* ó *causæ conjectio*), que existia bajo las acciones de la ley, se ha conservado en el procedimiento formulario, aunque parece inútil, puesto que la fórmula contiene este resúmen.

Las diversas pruebas de testigos (*testes*), de títulos (*instrumenta*, *tabellæ*, *cautiones*, etc.), de juramento prestado ante el juez

---

(1) Se explica comunmente este último caso diciendo que *judicium imperio continens*, no deduciéndose sino del *imperium* del magistrado, no puede destruir directamente una pretension fundada en derecho civil; pero la observacion no nos satisface. Muchas veces no se trata de una pretension de derecho civil en el *judicium imperio continens*, y nunca, sin embargo, obrará este *judicium* novacion; ¿por qué? porque no es más que una medida temporal y precaria.

(2) Véase sobre estos efectos de la *litis contestatio*, Gay. Com. 4, §§ 106 y siguientes.

(*jusjurandum in judicio*) y otras, son sucesivamente presentadas por las partes. Se defiende la causa (*causæ peroratio*), y si el juez no la halla suficientemente ilustrada, la aplaza (*litem ampliare, lis ampliata*); de esto nuevos alegatos (*prima, segunda, tertia, actio*). —En el juramento que el juez tiene derecho de deferir á una de las partes como complemento de pruebas (*jusjurandum in judicio*), hay que distinguir el deferido al demandante, con el fin especial de fijar el importe de la condena á que tiene derecho, el cual lleva el nombre particular de *jusjurandum in litem*, y tiene lugar generalmente para las acciones arbitrarias, cuando el demandado no ha obedecido de mala fe el *jussus* previo del juez y áun en las acciones de buena fe, y á veces tambien en las de derecho estricto, en caso de dolo ó de culpa asimilada al dolo por parte del demandado. El juez puede fijar un límite á esta estimacion juratoria, y no está obligado por otra parte á adoptarla siempre por completo (1).

La sentencia absuelve ó condena al demandado : la condena debe consistir siempre en una cantidad pecuniaria determinada (*certæ pecuniæ*); sin embargo, se le permite al juez, áun en lo civil, abstenerse de una decision, declarando por juramento que el negocio no está bastante claro para poder decidir (*sibi non liquere*); y entónces hay que atenerse al parecer de otros jueces, si son varios, ó recurrir á otro *judicium* (2). Sabemos, por otra parte, que hay casos, los *præjudicia* por ejemplo, en que la sentencia no contiene ni absolucion ni condena, sino sólo una justificacion de hecho ó de derecho, y otros en que contiene adjudicaciones. Debe darse públicamente y de viva voz (*pronuntiare*); pero puede el juez escribirla de antemano para leerla en público (*ex tabella pronuntiare* ó *recitare*) (3).

La sentencia produce efectos notables, que se enlazan absolutamente á los de la *litis contestatio*, de que no es más que la realizacion. Sea absolucion, sea condena, realiza la obligacion de ser juzgado, que habia hecho nacer la *litis contestatio*, y esta obligacion es en cierto modo pagada (*soluta*). Ademas, en caso de condena, nace para el demandado una nueva obligacion, la de ejecutar la sentencia ; de tal suerte que los antiguos, segun lo que nos

(1) Dig. 12. 3. *De in litem jurando*, especialmente 5. pr. y § 4. f. de Marcian.
(2) Dig. 42. 1. *De re judic.* 36. f. de Paul.— AUL. GEL. *Noct. attic.* XIV, 2.
(3) Cod. 7. 44. *De Sentent. ex peric. recitand.* 1. const. de Valer. y Gal.

refiere Gayo, habian dicho con razon, para marcar estas vicisitudes en las obligaciones del demandado: *Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnare oportere; post condemnationem judicatum facere oportere*» (1). En cuanto al derecho primitivo, en virtud del cual se introdujo la accion, se halla en el estado en que le dejó la *litis contestatio*. Nótese, en efecto, que la obligacion que en todos los casos está novada ó pagada por la sentencia es la obligacion de ser juzgado, á que habia dado lugar la *litis contestatio*. En cuanto al derecho primitivo, sólo la *litis contestatio* ha obrado en él, y el efecto que ha producido es una cosa de hecho; por consiguiente, quedó extinguido segun los casos, ya *ipso jure*, si la *litis contestatio* no ha producido novacion; ya *exceptiones ope*, si la *litis contestatio* le ha dejado subsistente. Solamente, ademas de la excepcion *rei in judicium deductæ*, producida por la *litis contestatio*, tiene el demandado ahora la excepcion *rei judicatæ*, que resulta del último estado á que ha llegado el procedimiento (2).

Por la sentencia termina el juez su mision concluyendo con ella su poder, y desde entónces hay que recurrir al magistrado para su ejecucion.

Con todo, hay diversos medios de pedir en juicio contra una sentencia dada, á fin de obtener la anulacion, la revocacion ó la revision de ella: — 1.° Puede anularse la sentencia, ya por violacion de una ley, de un senado-consulto ó de una constitucion, ya por vicios de forma, de incompetencia en el magistrado ó en el juez, de incapacidad de litigar por una de las partes: en este caso le basta á la parte interesada hacer valer esta nulidad ante el magistrado, á saber, el demandante solicitando intentar una nueva accion, ó el demandado oponiéndose á la ejecucion de la sentencia nula (3). — 2.° Áun cuando la sentencia no contenga nulidad, se puede por causas especiales y extraordinarias, ó por causa de me-

---

(1) Gay. Com. 4. § 180.

(2) Gay. Com. 4. §§ 106 y 107: «.....Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest: et ideo necessaria est *exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ*.» — Puede interpretarse este pasaje en el sentido de que el demandado que ántes de la sentencia no tenía más que la excepcion *rei in judicium deductæ*, sigue teniendo despues de la sentencia esta excepcion, puesto que resulta de un hecho constante y consumado; y que ademas tiene la excepcion *rei judicatæ*; ó bien puede darse al *vel* un sentido disyuntivo. Ambas interpretaciones, por lo demas, son indiferentes y en nada afectan al conjunto del sistema.

(3) Dig. 49. 8. *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.* — Cod. 7. 64. *Quando provocare non est necesse.*

nor edad de veinticinco años, pedir que se considere como no dada por medio de una *restitutio in integrum* (1).— 3.° En fin, desde Augusto y probablemente por disposicion de la ley JULIA *judiciaria*, se introdujo y desarrolló sucesivamente la vía de apelacion (*appellatio* ó *provocatio*), cuyo orígen histórico se ve en el poder que tenía todo magistrado en tiempo de la república de oponer su *veto* á la decision de un magistrado inferior, ó, cuando más, igual. Puede interponerse la apelacion contra la sentencia inmediatamente de viva voz (*inter acta voce apellare*), ó dentro de cierto plazo por notificacion escrita (*libelli apellatorii*). El juez ó el magistrado, contra cuya decision se forma la apelacion, da acta de ella al apelante en un escrito que se llama *litteræ dismissoriæ* ó *apostoli*, y cuyo sentido es: « *Appellase, puta Lucium Titium, a sententia illius, quæ inter illos dicta est.* » La apelacion es suspensiva de la ejecucion, y pasa á un magistrado superior; y podia llegar así algunas veces de grado en grado hasta el Emperador, que era la suprema y última jurisdiccion (2).

## TERCER SISTEMA. *Del procedimiento extraordinario* (extraordinaria judicia).

### *Origen y desarrollo de este sistema.*

¿Como el procedimiento formulario introducido por la práctica pretoriana, instalado legislativamente por la ley ÆBUTIA, y definitivamente organizado por las dos leyes JULIÆ *judiciariæ*, desapareció ante un tercer sistema? Esta desaparicion ha sido una obra efectuada gradual y cotidianamente, de suerte que no tenemos época precisa á que poderla referir. No es otra cosa más que la invasion siempre creciente de la *cognitio extraordinaria* sobre el *judicium ordinarium*, á medida que el régimen imperial se desarrolla y retrocede con más fuerza al poder absoluto; aunque era para caracterizar el cambio que se ha verificado, no ha habido más que decir como Justiniano: « Hoy todos los procedimientos son extraordinarios: *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia* » (3).—

---

(1) Pág. 601 con la nota 4.

(2) Dig. 49. desde el tít. 1. *De appellationibus et relationibus* hasta el tít. 14. (La *relatio* ó *consultatio* es una exposicion detallada del negocio que el juez debe formar y dirigir á la chancillería imperial, cuando la apelacion se interpone ante el Emperador.)

(3) Instituciones de Justiniano, 3. 12. pr. — Y luégo 4. 15. § 8 de este tomo.

Ya hemos expuesto el progreso de este cambio en nuestra historia del derecho romano, á la que nos bastará por ahora referirnos (1). El primer texto que lo consagra legislativamente es la constitucion del año 294, por la cual Diocleciano manda á los presidentes de las provincias conocer ellos mismos en todas las causas, áun en aquellas para las cuales estaba en uso ántes dar jueces; salvo el permiso que les reserva de dar á las partes jueces inferiores, cuando sus ocupaciones públicas ó la multitud de causas les impidan conocer por sí mismos (2). De esta constitucion especial para las provincias y generalizada en seguida para todo el Imperio data la abolicion legislativa más ámplia del *judiciorum ordo*.

Sin embargo, así como el procedimiento formulario habia sido agregado á algunos vestigios ó imitaciones de las acciones de la ley, así el procedimiento extraordinario conservó en apariencia ó nominalmente algunos restos ó señales del sistema á que sustituye. De este modo se conservaria durante algun tiempo, aunque no hubiese remision ante un juez, la costumbre de redactar una fórmula, por lo ménos como resúmen de las conclusiones de cada litigante, y la de pedir y obtener la accion *postulatio* et *impetratio actionis*. La primera de estas costumbres fué suprimida por los hijos de Constantino (3) y la segunda por Teodosio el jóven (4).

### *Organizacion del poder judicial bajo el régimen del procedimiento extraordinario.*

El hecho capital en esta organizacion es que el *jus* y el *judicium* se confunden, y que ya no existe distincion entre el magistrado y el juez. Hay magistrados ó jueces superiores: los hay inferiores, cuyo poder ó esfera de atribucion son ménos amplios; pero en todos los casos es la misma autoridad la que examina y decide el negocio, tanto respecto á la jurisdiccion, como respecto á la sentencia.

No reproducirémos el cuadro reducido de esta organizacion judicial que ya hemos trazado (*General del der. rom.*, p. 143). En

(1) *Hist. de la legisl. rom.*, núm. 75, pág. 281.
(2) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 2. const. de Dioclec. y Maxim.
(3) Cod. 2. 58. *De formulis et impetrationibus actionum sublatis*, 1. const. de Const., año 342, é *Historia del derecho romano*, pág. 315.
(4) Ibid. 2. const. de Teod. y Valent., año 428.—Véase el Cod. de Teod. 2. 3. 1.

esta parte es preciso observar especialmente la institucion de los *judices pedanei* ó jueces inferiores, que experimentó durante el curso del régimen imperial diferentes vicisitudes, acerca de las cuales carecemos de suficientes documentos. Esta denominacion, usada ya bajo el sistema formulario, pudo designar entónces generalmente, segun conjeturas de Zimmern, reproducidas por Bonjean, á los magistrados inferiores de las localidades, ó magistrados municipales; pero desde el tiempo del emperador Juliano aparecen los *judices pedanei* con un carácter permanente y especial, como jueces encargados de entender en negocios de poca importancia, y que los presidentes tenian derecho para constituir en su jurisdiccion (1). Una constitucion de Zenon asigna á cada pretorio un cierto número de ellos (2). Por último, Justiniano, en lo que respecta á Constantinopla por lo ménos, los organiza de nuevo, los constituye en un colegio permanente, limita su jurisdiccion á la suma de trescientos sólidos, y los nombra él mismo, como vemos en una constitucion suya, en que podemos ver muchos nombramientos de esta clase (3).

Las partes en los negocios de la competencia de los *judices pedanei* eran directamente citadas ante ellos (4). Y áun cuando los presidentes, para descargarse de un negocio que les habia sido encomendado, lo pasaban á los *judices pedanei*, éstos fallaban á un tiempo como magistrados y como jueces. Así es que ya no se trata de la *datio judicis* del sistema formulario.

### *Resúmen general de un procedimiento bajo el sistema del procedimiento extraordinario, principalmente en tiempo de Justiniano.*

Los principios generales de la *in jus vocatio*, principalmente con los medios de sancion introducidos por el edicto, han seguido en vigor, y los hallamos trasladados en fragmentos al Digesto de Jus-

---

(1) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 4. const., de Diocleo.; y 5. const. de Julian. : «Pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus præsidibus potestatem.»

(2) Novel. LXXXII. *De judicib.* cap. 1.—Y tambien el prefacio, en que se ve que Zenon habia nombrado en su misma constitucion el personal de los jueces pedáneos.

(3) Ib. cap. 1 á 5, etc.—Véase sobre este punto nuestra *Hist. de la legislacion romana*, pág. 284.

(4) Así el demandado puede ser llamado *in jus* ante ellos : «Si quis ad pedaneum judicem vocatum eximat, pœna ejus edicti cessabit.» (Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus voc.* 3. § 1. f. de Ulp.)—Y la *postulatio* puede tener lugar ante ellos : «Item senatus-consulto etiam apud judices pedaneos postulare prohibetur calumniæ publici judicii damnatus.» (Dig. 3. 1. *De postul.* 1. § 6. f. de

tiniano (1). Sin embargo, no sólo ha caido en desuso la violencia individual que en caso de necesidad podia acompañarla (*obtorto collo*), reemplazada completamente por los medios de apremio del pretor, sino que la *vocatio in jus* ha tendido á perder su carácter privado para tomar un carácter público; se hacía comunmente, como dirémos pronto, en un acto de citacion (*libellus conventionis*) remitido al demandado por órden del juez por el ministerio de un *executor* ó *viator*.

La antigua *actionis editio* y el *vadimonium* del sistema formulario han cesado de existir, así como la *actionis impetratio*, conservada más largo tiempo como vestigio, pero suprimida definitivamente por Teodosio y Valentiniano.

La denuncia prévia y voluntaria de la accion (*actionis denuntiatio*), hecha por el demandante al demandado para acelerar la marcha del procedimiento, despues de generalizarse, despues de haber sido hasta erigida por Constantino en un acto obligatorio y público que debia hacerse por el escribano del magistrado (*apud acta*), y notificado por este último por el ministerio de un *viator* ó *executor* al demandado (2), ya no estaba en uso. Se encuentra en los textos de Justiniano, pero se consigue un objeto análogo por medio de la forma en que comunmente se hace la *in jus vocatio*.

En efecto, en esta época se entablaba el pleito por medio de un escrito ó especie de acta de asignacion (*libellus conventionis*) (3), en el cual exponia el demandante en pocas palabras su pretension, y el magistrado la entregaba al demandado por medio de un *executor*. Sin embargo, no es siempre indispensable este escrito, pues vemos que la *in jus vocatio* puede hacerse, salvos algunos casos particulares, con escrito ó sin él (*sine scriptis*) (4).

Ya no hay, pues, dos fases en el proceso : no hay ya que distinguir el *jus* del *judicium;* las partes reunidas *in jus* lo están tambien *in judicio*.

Por consiguiente, la *litis contestatio* no puede ser ya lo que ha

---

Ulp.) «*Postulare* autem est desiderium suum vel amici sui, in jure, apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere.» (Ibid. § 1.) En los fragmentos extraidos de Ulpiano la expresion *judices pedanei* designa probablemente á los magistrados inferiores de diversas municipalidades.

(1) Dig. 2. 4. *De in jus vocando* y los titulos siguientes.

(2) Cod. Teod. 2. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*, principalmente 2, 4 y 6.

(3) Cod. 2. 2. *De in jus vocand.*, especialmente const. 4. Diocl. y Maxim.

(4) Cod. 12. 1. *De dignitat.* 17. § 1. const. de Honor. y Teod. – Nov. 123, cap. 8.

sido en el procedimiento formulario, debiendo aplicar aquí esta definicion inserta en el código de Justiniano y falsamente atribuida á los emperadores Severo y Antonino : «*Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit*» (1). Tambien ha perdido uno de sus más notables efectos; sigue indudablemente produciendo la obligacion de ser juzgado, y de aquí várias de las consecuencias que dejamos expuestas; pero no produce en ningun caso novacion, extinguiendo el derecho primitivo, que sigue siempre subsistente (2).

Tambien la sentencia está considerablemente modificada en su naturaleza y en sus efectos. En su naturaleza, la condena ya no es necesariamente pecuniaria, y puede tener directamente por objeto la cosa misma pedida. Es el carácter de la autoridad del magistrado (*imperium*) poder dar órdenes y hacerlas ejecutar por fuerza, en lo posible, no sólo para la dacion ó entrega de sumas pecuniarias, sino tambien para cualquiera otra prestacion. Por consiguiente, en las *cognitiones extraordinariæ* nunca el magistrado se ha sometido á esta restriccion sin que su decision tuviese necesariamente por objeto una dacion pecuniaria. Esta restriccion era exclusivamente peculiar del sistema formulario, cayó con él sin que leamos su adrogacion en ningun texto formal. Justiniano, sin embargo, dice positivamente que la condena debe ser, ya de una cantidad pecuniaria (*certæ pecuniæ*), ya de una cosa (*rei*). En sus efectos la sentencia tampoco produce novacion; no extingue *ipso jure* el derecho primitivo que la *litis contestatio* dejó subsistente, siendo necesario el recurso de la excepcion *rei judicatæ* en todos los casos. En cuanto á la forma, la sentencia, desde los emperadores Valentiniano, Valerio y Graciano, debe, so pena de nulidad, redactarse por escrito y pronunciarse públicamente con arreglo á la minuta (*ex periculo recitanda*) (3). En seguida se inserta en un registro *ad hoc* con la firma del juez, y de ella se entrega copia, en caso de necesidad, á las partes con un extracto del proceso verbal (4).

En cuanto á los medios de ejecucion forzosa, y á los recursos

(1) Cod. 3. 9. *De litis contest.* 1.

(2) Mas adelante. tít. 13. § 5.

(3) Cod. 7. 44. *De sententiis ex periculo recitandis*, 2 y 3. const. de Valent. Valer. y Gracian.— *Periculum* es aquí sinónimo de *tabella, libellus;* indudablemente la minuta ó proyecto de la sentencia.

(4) LYDUS. *De magistrat.* III. 11.

facilitados contra la sentencia, por vía de nulidad, de restitucion *in integrum*, ó de apelacion, siguen subsistentes los principios generales que hemos emitido, con algunas modificaciones en la forma, que no podemos seguir aquí.

Este cálculo sobre el procedimiento en tiempo de Justiniano nos bastará, y ahora podemos pasar con seguridad á la explicacion del texto de las instituciones relativo á las acciones; siendo de notar que este texto ha dejado á un lado todo lo concerniente á la forma, que no considera las acciones más que como el derecho mismo de obrar, y no las trata más que bajo este punto de vista.

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

Nos resta hablar de las acciones. La accion no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe.

Ésta es la definicion de la accion tomada del sistema formulario, que se aplica únicamente á las persecuciones de obligaciones (*quod sibi debetur*), porque el uso de las fórmulas ha empezado por ahí, designando el derecho conferido por el magistrado de perseguir ante un juez (*in judicium*) lo que se nos debe. Los redactores de las instituciones de Justiniano toman de los jurisconsultos del tiempo del procedimiento formulario esta definicion, y la trasladan á su época, miéntras que en esta época la accion, considerada como un derecho, y en su significacion más lata, no es más que la facultad que tenemos directamente, y sin concesion especial, de perseguir ante la autoridad judicial lo que nos pertenece ó se nos debe, tanto los derechos reales como los derechos personales ó de obligacion, de donde nace la primera y principal division de las acciones.

*Acciones reales* (in rem), *y acciones personales* (in personam).— *Acciones civiles ó pretorianas, ya reales, ya personales.— Acciones prejudiciales.*

I. Omnium actionum quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex con-

1. La division principal de todas las acciones deducidas, ya ante jueces, ya ante árbitros, por cualquier objeto que sea, las distingue en dos clases, á saber: reales ó personales. En efecto, ú obramos contra alguno, que ya por contrato, ya por delito,

tractu vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt: veluti, si rem corporalem possideat quis quam Titius suam esse afirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

ya de otro modo, está obligado para con nosotros, y para esto tenemos acciones personales, cuya conclusion es que es preciso que el adversario nos dé lugar ó haga por nosotros alguna cosa, ó algunas otras semejantes; ó bien obramos contra alguno que de ningun modo no está obligado, pero contra el cual suscitamos una controversia relativamente á una cosa, y para este caso se han establecido las acciones reales; por ejemplo, si uno posee una cosa corpórea que Ticio pretende ser suya, miéntras el poseedor sostiene ser él propietario de ella, siendo las conclusiones de Ticio que la cosa es suya, su accion es real.

II. Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum: veluti si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immitendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones; ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi. Iste quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est, nam in his agit qui non possidet non est actio prodita quam negat rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet,* sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

2. Es igualmente real la accion del que sostiene pertenecerle el derecho de usufructo de un fundo ó de un edificio, el derecho de pasar por el fundo del vecino, ó de conducir por él el agua. De la misma naturaleza es la accion relativa á las servidumbres urbanas; como si uno dijese tener derecho de levantar su casa por cima de una altura dada, el derecho de vista ó de voladizo, de meter una viga en el edificio del vecino. Tambien existen relativamente á los derechos de usufructo y de servidumbres rústicas y urbanas, acciones en sentido contrario á las que preceden, como si afirmamos que nuestro adversario no tiene derecho de usufructo, de pasaje, de acueducto, de levantar más alto, de vista, de voladizo, ó de apoyar una viga. Estas acciones son tambien reales, pero negativas: no existiendo este género de accion en las contiendas de propiedad de cosas corpóreas, porque en esta materia el que no posee es el actor, y en cuanto al poseedor, no tiene ninguna accion para negar que la cosa sea del demandante. *Sólo hay un caso en que el poseedor desempeña el papel de demandante,* como puede verse con más oportunidad en los extensos libros del Digesto.

No hay necesidad de repetir lo que ya dijimos de la naturaleza de las acciones *in rem* ó *in personam*, y el orígen de su denomina-

cion; y sólo darémos algunos detalles sobre las acciones reales de que trata el § 2, y cuyo objeto son los derechos de servidumbre.

Para la propiedad plena y completa no puede presentarse la accion *in rem*, ó en otros términos, la *rei corporalis vindicatio*, sino en una sola situacion, aquella en que la cosa de que yo pretendo ser propietario se halle en la posesion de otro; de donde nace para mí la necesidad de atacar al poseedor para sostener y probar que la cosa es mia. En efecto, si yo soy quien la posee, no tengo una accion que intentar relativamente á la propiedad; me basta conservarme en caso de necesidad en mi posesion por medio de los interdictos (1). A los que se crean propietarios les toca demandarme y probar su derecho.

Mas para los derechos de servidumbre, que no son más que fracciones del derecho de propiedad, es distinto, porque diversos fragmentos son susceptibles de ser separados y ejercitarse por diferentes personas: por de contado pueden presentarse dos situaciones; ó bien pretendo tener un derecho de esta naturaleza sobre una cosa de que otro es poseedor, y entónces mi pretension se resume en esta fórmula: «*Si paret jus utendi fruendi* (ó *jus eundi agendi*, ó cualquier otro derecho) *mihi esse*»; ó bien, siendo poseedor y propietario de una cosa; como ejerzo sobre esta cosa un derecho de servidumbre, cualquiera que sea, y quiero hacerle cesar en este disfrute que pretendo no estar fundado, entónces ataco al que ejerce este derecho, y la fórmula de mi pretension se reduce, en resúmen, á esto: «*Si paret jus utendi fruendi fundo meo* (ó *jus eundi agendi*, ó cualquiera otro derecho) (*adversario non esse*).» Precisamente, á causa de este contexto de la fórmula llamaban los jurisconsultos romanos la accion *in rem* por derecho de servidumbre, en el primer caso confesoria (*actio confessoria*), y en el segundo negatoria (*actio negatoria* ó *negativa*) (2).— Pero en la propiedad sería ridícula y de nada serviria formular una pretension negativa en estos términos; yo sostengo que Fulano no es propietario de este fundo. No puede, pues, haber accion negatoria.—Si lo contrario sucede en las servidumbres, consiste en que el fundo, como advierte bien Teófilo en sus paráfrasis, la fórmula negatoria

(1) Dig. 43. 17. *Uti possidetis*. 1. § 6. f. Ulp.: «Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est *uti possidetis:* actio enim nunquam ultro possessori datur quippe sufficit ei quod possideat.»

(2) Dig. 8. 5. *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, 2. pr. f. Ulp.

equivale á una verdadera afirmacion de derecho, lo cual no significa otra cosa que esto: «Sostengo que tal fundo me pertenece en plena y completa propiedad, y que el fragmento de este derecho de propiedad que se atribuye á Fulano es mio», vindicándose en realidad esta fraccion de la propiedad que se supone estar separada injustamente.

Hasta aquí hemos supuesto que el que reclama, ya por la accion *confessoria*, ya por la *negatoria*, un derecho de servidumbre, no tiene el ejercicio, la cuasi-posesion de este derecho. Efectivamente, las más de las veces se intentan estas acciones, la primera contra el que posee la cosa como libre; la segunda contra el que ejerce la servidumbre que el demandante quiere hacer cesar. ¿Pero podrian intentarse estas acciones por el que tiene ya el ejercicio legal de la servidumbre que indica, ó la libre posesion de su cosa, por el solo motivo de ser turbado, interrumpido ó amenazado en su goce, ó por miedo de serlo? En una palabra, ¿puede ejercitarse la accion confesoria y la accion negatoria áun por aquel que se halla en cuasi-posesion del derecho reclamado? Creemos que sí. En esto hay una diferencia marcada entre las reclamaciones de servidumbre y las de propiedad, entre la *vindicatio* de cosas incorpóreas y la *rei corporalis vindicatio*. En cuanto á esta última, el que es ya poseedor no puede intentarla; tiene los interdictos para hacer respetar su posesion, y esto le basta (*sufficit ei quod possideat*); pero en nuestra opinion no puede aplicarse la misma regla á las vindicaciones de servidumbres, siendo la principal razon este principio general, que no hay verdadera posesion de una cosa incorpórea, tal como un derecho de servidumbre; pues si la jurisprudencia ha concluido por ver una especie de posesion en el ejercicio del derecho, no es esto una razon para aplicar á esta cuasi-posesion los efectos de la verdadera posesion. Así esta cuasi-posesion no producia la usucapion; no daba al principio los interdictos posesorios; sólo por extension y por utilidad se valieron más tarde de los interdictos, bajo la calificacion de interdictos útiles (1). De suerte

(1) Dig. 41. 2. *De acquir. posses.* 3. pr. f. Paul.: «Possideri autem possunt quæ sunt corporalia.» —8. 1. *De servitut.* 20 f. Javol.: «Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt.» — 41. 1. *De acquir. rer. dom.* 43. § 1. f. Gay.: «Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.» — 8. 1. *De servit.* 14. f. Paul. «Servitutes..... etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et ideo usu noncapiuntur..... etc.» — VATIC. J. R. FRAGM. §§ 90 y 91: «Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur, et *unde vi*, quia non possidet.»

que en cierta época, aunque el cuasi-posesor tenía el ejercicio del derecho, si era turbado ó amenazado en este ejercicio, no tenía otro recurso que la accion confesoria ó negatoria, y áun despues que se le concedieron los interdictos cuasi-posesorios por utilidad, conservó el derecho de ejercitar estas acciones, si lo preferia (1).

*Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet.* No seguirémos á los comentadores que se han molestado desde hace mucho tiempo por saber cuál era el caso único á que hace alusion nuestro texto, y que deberia estar desenvuelto con más amplitud en el Digesto. Con tal que en el fondo de los principios se esté de acuerdo, lo demas importa poco. Nuestro sabio colega, Mr. Ducaurroy, cree que este caso único era el del propietario que, atacado por la accion Publiciana, rechaza esta accion por medio de la excepcion *justi dominii*, de que hablarémos en el § 4, y que aunque en posesion de su cosa, está obligado en este caso á probar su derecho de propiedad (2). Indudablemente existe por su parte esta obligacion de prueba, pero el caso único de que se trata en nuestro texto nos parece bastante dudoso. El texto habla de un caso de accion (3), y el ejemplo aquí citado es un caso de excepcion, en el que no vemos más que la aplicacion de la regla general, de que el que opone una excepcion debe probarla. En cuanto á nosotros, somos del parecer de los que opinan que se trata simplemente en nuestro párrafo del mismo caso de que se habla es él, es decir, del caso en que el propietario, en posesion de su cosa, ejercita la accion negatoria para negar un derecho de servidumbre por el cual es turbado ó solamente amenazado (4).

III. Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, et legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas pretor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere.

3. Las acciones que acabamos de indicar, y otras semejantes, traen su orígen de las leyes y del derecho civil; pero hay otras, tanto reales como personales, establecidas por el pretor en virtud de su jurisdiccion, que es preciso dar á conocer con ejemplos. Así por lo comun concede

(1) Es lo que resulta por otra parte textualmente de los fragmentos siguientes: Dig. 8. 5. *S. servit. vindic.* 4. § 5. f. Ulp.; 16. f. Julian.; 8. § 5. f. Ulp.; 1. § 2. f. Pompon.

(2) Dig. 6. 2. *De Publiciana.* 16. f. Papin., y 17. f. Nerat.

(3) Véase la paráfrasis de Teófilo, que dice positivamente: «Uno autem solo casu possessor ACTIONE IN REM MOVERE potest: Ενί έν δὲ μονῷ θὲματι ὁ νεμομὲνος δύναται KINEIN τήν, lo cual no deja duda sobre el papel de *actor* que tiene el poseedor.

(4) Dig. 8. 5. *Si servit. vindic.* 6 § 1. f. Ulp.: «Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petitorem..... etc.»

Ecce plerumque ita permittitur in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel, ex diverso, possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

el pretor una accion real, permitiendo al demandante presentar como efectuada por él una usucapion que realmente no lo está, ó por el contrario, como no cumplida por el poseedor, su adversario, una cualquiera que lo ha sido.

La division entre el derecho civil y el derecho pretoriano es general, y se presenta constantemente en el derecho romano. La hemos visto respecto de las personas, de la propiedad, de las sucesiones, de las obligaciones; la volvemos á encontrar, como punto capital, al tratar de las acciones, que se dividen en acciones civiles y en acciones pretorianas, tanto las acciones *in rem* como las *in personam*.

Sabemos que los dos principales procedimientos empleados por los pretores para investir de acciones los casos no sancionados por el derecho civil, habian sido, ya de construir la fórmula en una hipótesis ficticia (*fictitiæ actiones*); ó bien, con más frecuencia, redactarla *in factum* (*actiones in factum conceptæ*). Los tres párrafos siguientes nos dan ejemplos de acciones ficticias *in rem*.

IV. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam; quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicit. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum *a Publicio prætore* in edicto proposita est.

4. En efecto, si aquel á quien se ha entregado una cosa por una causa justa, por ejemplo, por causa de venta, de donacion, de dote ó de legado, llega á perder la posesion de ella ántes de haber adquirido la propiedad por usucapion, no tiene accion alguna real directa para perseguir esta cosa; porque la accion vindicatoria del derecho civil no se ha concedido más que al propietario; pero como es muy duro que no existiese en este caso ninguna accion, el pretor ha imaginado una, por la cual el que ha perdido la posesion debe haber usucapido la cosa, y por consiguiente, la vindica como suya. Esta accion se llama Publiciana, porque fué introducida por primera vez en el edicto *por el pretor Publicio*.

Se trata aquí de la accion Publiciana (*Publiciana*), de que ya hemos hablado más de una vez. Hemos dado, segun Gayo, la fórmula de esta accion ficticia. En tiempo de Justiniano no se habla de esta redaccion formularia ni de la enunciacion de la hipótesis ficticia contenida en ella, y hasta ha perdido muchos de sus casos

de aplicacion; mas para aquellos que se han conservado, subsisten las consecuencias.

Efectivamente, resulta de lo que hemos dicho al tratar de la usucapion y de la prescripcion, que la accion Publiciana podia aplicarse en cuatro casos distintos: — 1.° Cuando una cosa *mancipi* habia sido entregada por el propietario (*a domino*), pero sin mancipacion ni otro modo quiritario de adquisicion, y que el poseedor, pronto á adquirirla por usucapion, habia perdido la posesion ántes de concluir el tiempo de esta usucapion. No siendo todavía *dominus ex jure Quiritium*, no podia ejercitar la *rei vindicatío* civil; el derecho pretoriano le daba la Publiciana; — 2.° Cuando una cosa *mancipi*, ó *nec mancipi*, habia sido recibida por alguno, en virtud de una causa translativa de dominio (*ex justa causa*) y de buena fe, pero de otro que el propietario (*a non domino*), y que el poseedor en camino de usucapirla, habia perdido tambien la posesion de ella ántes de transcurrido el tiempo de esta usucapion; 3.° Cuando no se trataba de usucapion, sino sólo de prescripcion comenzada, ó no concluida, por ejemplo, respecto de los fundos provinciales, y que aquel en cuyo provecho corria ó se habia acabado la prescripcion, llegaba á perder la posesion de la cosa. No podia intentarse la *rei vindicatio* civil, puesto que, áun consumada la prescripcion, no habia propietario, pero tenía la Publiciana; — 4.° En fin, áun en el caso del adquirente que se ha hecho realmente propietario, pero que habiendo perdido la posesion de la cosa queria más intentar la Publiciana que la *rei vindicatio* civil, porque la Publiciana no le obliga como la *rei vindicatio* á justificar el derecho de propiedad de sus autores. En tiempo de Justiniano ya no existe el primero de estos casos de aplicacion, porque se ha suprimido la diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi;* ni el tercero, porque la usucapion y la prescripcion se han refundido en una; no subsistiendo más que el segundo y el cuarto. En los términos del edicto trasladados en el Digesto, se han intercalado por entre renglonadura las palabras *a non domino*, que probablemente no se hallaban en él.

La accion Publiciana no puede tener lugar en las cosas inalienables, ni en las cosas furtivas, ni en el esclavo fugitivo, ni en ningun otro objeto afectado de un vicio que impida la usucapion (1).

---

(1) Dig. 6. 2. *De Publiciana in rem actione*. 9. § 5, y 12. § 4 f. Ulp.

Sin embargo, se aplica al usufructo y á las servidumbres, tanto rústicas como urbanas, aunque estas cosas, á causa de su naturaleza incorpórea, no sean susceptibles de usucapion propiamente dicha (1); pero lo eran de cierta adquisicion pretoriana por uso de largo tiempo, y esto bastó, sin duda, para aplicarles la Publiciana.

Si la accion Publiciana en el segundo caso de aplicacion que hemos indicado, el único que le ha quedado propio en tiempo de Justiniano, se intentaba contra el verdadero propietario, sería contrario á la equidad, y por consiguiente, al destino de esta accion, hacerla producir su efecto en este caso. En su consecuencia, la paralizará el propietario oponiendo una excepcion fundada en que el dominio de la cosa le pertenece, que es lo que se llama excepcion *justi dominii* (2). — Si se intenta contra un poseedor que ha empezado á usucapir ó prescribir, en general se sigue la regla de que entre los derechos iguales la causa más favorable es la del poseedor actual (3).

*A Publicio prætore.* Este Publicio es probablemente Q. Publicio, que fué pretor en tiempo de Ciceron (4).

V. Rursus ex diverso, si quis, cum Reipublicæ causa abesset vel in hostium potestate esse, rem ejus qui in civitate esse usuceperit; permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa habesse desierit; tunc *intra annum* rescissa usucapione eam petere, id est ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis *quibusdam et aliis* simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

5. Por el contrario, si estando ausente uno por la república, ó en cautividad en el enemigo, ha usucapido la cosa de un propietario que ha permanecido en la ciudad, se le permite á éste, *dentro del año*, despues de la vuelta del que ha usucapido, que rescinda la usucapion, haciendo vindicar la cosa, es decir, alegando que esta usucapion no ha tenido lugar, y que, por consiguiente, la cosa sigue siendo suya. Esta clase de accion se ha concedido por el pretor, por iguales motivos de equidad, *en algunos otros casos*, como puede verse por más extenso en el Digesto y en las Pandectas.

En el párrafo precedente, la ficcion pretoriana consiste en suponer concluida una usucapion que no lo ha sido; en éste, por el

(1) Dig. 6. 2. *De Publiciana in rem actione.* 11. § 1 f. Ulp.
(2) Ibid. 16. f. Papin., y 17. f. Nerat.
(3) Ibid. 17. f. Nerat., y Dig. 19. 1. *De action. emp.* 31. § 2. f. Nerat. — Véase, sin embargo, la distincion que cree Ulpiano en esta materia, refiriéndose á Julian, Dig. 6. 2. 9. § 4.
(4) CICER. *Pro Cluent.* 45.

contrario, consiste aquélla en suponer no consumada una usucapion que lo ha sido. La primera es en beneficio del poseedor que todavía no ha usucapido la cosa; la segunda, por el contrario, en beneficio del propietario cuya cosa ha sido usucapida. El pretor da á este ex-propietario, en ciertas circunstancias y por ciertos motivos particulares, la accion real vindicatoria, fundada en la hipótesis ficticia de que la usucapion no ha tenido lugar. Así esta usucapion se considera como no verificada, y se rescinde (*rescissa usucapione*). Hay una especie de *restitutio in integrum* por medio de una accion rescisoria, segun la calificacion que los comentadores dan á esta especie de acciones.

Esta accion ficticia, cuyo efecto es rescindir una usucapion consumada, se presenta en dos situaciones diferentes.

1.° Miéntras que un propietario está ausente por temor razonable (*metu*), ó por un servicio público (*reipublicæ causa*), ó porque esté preso, en servidumbre, en cautividad entre el enemigo (*inve vinculis, servitute, hostiumque potestate*), puede suceder que una cosa que le pertenece sea adquirida por usucapion; y esto podia suceder con mucha frecuencia en la época en que el plazo de la usucapion no era más que de un año ó dos; sin embargo, el pretor, tomando en consideracion la imposibilidad en que se halla el propietario, por su ausencia, de defender sus derechos, puede rescindir esta usucapion, dándole la accion real ficticia. Esta accion se da aquí para proteger al ausente; pero es preciso que la ausencia sea motivada por una causa justa, tal como las que hemos enumerado (1).

2.° Pero puede suceder tambien que sea el poseedor el que ha empezado á usucapir la cosa de un ausente. El propietario, por esta ausencia, puede hallarse en la imposibilidad de interrumpir la usucapion; porque, como ya hemos visto, en el procedimiento de los romanos, no se puede demandar al ausente que no es defendido por nadie, ni *procurator*, ni *cognitor*, aunque se ocultase ó se pusiese fraudulentamente fuera del alcance de la *in jus vocatio*. El pretor podia muy bien emplear medios indirectos para obligarle á presentarse, tales como la *missio in possessionem;* pero, en fin, si por un motivo cualquiera no se presentaba, la accion era imposi-

(1) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major. in integ. restit.* 1. § 1. f. Ulp., donde hallamos los términos del edicto; véanse tambien las leyes 2, 9, 13, 14 y 15 del mismo título.

ble. La usucapion en este caso se verificaba en provecho del ausente sin que hubiese medio de interrumpirle; mas el pretor puede tambien rescindir esta usupacion, dando al propietario la accion real ficticia.—Ésta en este caso tiene por objeto protegerle contra el ausente; así, pues, tiene ésta lugar, cualquiera que sea el motivo de la ausencia. Es verdad que nuestro texto no habla más que de la ausencia por la república ó por efecto de la cautividad; pero con más razon sucedèria así si la ausencia era fraudulenta, ó que careciese de motivo legítimo (1).

La accion de que acabamos de hablar llevaba en estos dos casos de aplicacion, así como en el de que se trata en el párrafo precedente, el nombre de accion Publiciana; sin duda porque procedia del mismo pretor. Para distinguirla, los comentadores la califican de accion Publiciana rescisoria. Así hay dos especies de acciones Publicianas: la una para hacer reputar cumplida una usucapion que no lo ha sido; la otra para considerar no verificada una usucapion que lo ha sido. Esta última se subdivide en dos casos de aplicacion diversos; el uno fundado en la ausencia legítima del propietario; el otro, en una ausencia cualquiera del poseedor. Este último caso es el único de que habla nuestro párrafo de la Instituta; y sin embargo, es el único cuya aplicacion se hizo inútil en tiempo de Justiniano, porque este Emperador dió al propietario un medio fácil de interrumpir la usucapion contra el possedor ausente, con una propuesta, ya sea por comparecencia, ya por escrito ante el presidente, y hasta por escrito ante el obispo, defensor de la ciudad, ó á falta de éstos, con la firma de tres testigos (2).

*Intra annum.* Teniendo por objeto la accion Publiciana rescisoria destruir un efecto del derecho civil, se habia reducido por el pretor al término de un año (3), el cual empezaba á correr desde el dia en que cesaba el obstáculo que impedia obrar. «*Intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit*», decia el edicto (4). Este año era el año útil (5), que Constantino reemplazó

---

(1) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1. f. Ulp.; 21. pr., y §§ 1 y 2; 22, 23. pr. y § 4; 25, 26. §§ 2 y 3.

(2) Cod. 7. 40. *De annal. except.* 2. const. de Justinian.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul.: «Item (*etiam post annum datur*) Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur; quia contra jus civile datur.»

(4) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major.*

(5) Cod. 2. 51. *De restitut. milit.* 3. const. de Alejand.

en ciertos casos de restitucion, con varios plazos contínuos (1), y al que Justiniano sustituyó generalmente el término de cuatro años contínuos, aplicable á todo el imperio y para todas las restituciones, ya de menores, ya de mayores (2).

*Quibusdam et aliis.* Esta frase alude á otros varios casos de restitucion *in integrum*, que pueden tener lugar igualmente por medio de una accion real ficticia y rescisoria : tal es el caso, por ejemplo, de una enajenacion hecha por un menor de veinte y cinco años que ha sido perjudicado, ó por un mayor de veinte y cinco años obrando bajo el imperio del miedo : esta enajenacion, aunque válida segun el derecho civil, puede rescindirse por medio de una accion ficticia, que el pretor da al menor ó mayor contra cualquier detentador, y se apoya en la hipótesis ficticia de no haberse verificado la enajenacion (3).

VI. Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit: bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob in bonis debitoris mansisse.

6. Igualmente, si un deudor ha enajenado por tradicion una cosa en fraude de sus acreedores, pueden éstos, despues de haberse hecho poner en posesion de los bienes de su deudor por el presidente, vindicar esta cosa rescindiendo la tradicion, es decir, alegando que la cosa no ha sido entregada, y que, por consiguiente, continúa en los bienes del deudor.

La accion de que aquí se trata es absolutamente de la misma naturaleza que las anteriores ; es una accion real ficticia y rescisoria, y se llama, dice Teófilo en su paráfrasis, accion Pauliana.— Las manumisiones hechas en fraude de los acreedores eran nulas segun el derecho civil, puesto que una ley especial, la ÆLIA SENTIA, lo habia terminantemente dispuesto así ; mas no sucedia lo mismo con las enajenaciones ; ninguna disposicion de derecho civil las tachaba de nulas aunque hubiesen sido hechas en fraude de los acreedores, y por de contado, segun el rigor de este derecho, eran válidas ; pero el edicto del pretor habia intervenido y habia suministrado un medio de rescindir estas ventas. Cuando los acreedores habian tomado posesion de los bienes del deudor (*bonis a*

(1) Cod. Teodos. 2. 16. *De in integr. restitut.* 2. const. de Constant.

(2) Cod. 2. 53. *De tempor. in integr. restit.* 7. const. de Justinian.—Sin embargo, para la accion de dolo, el término de dos años establecido por Constantino se conserva en el código de Justiniano : Cod. 2. 21. *De dolo malo.* 3. const. de Constant.

(3) Dig. 4. 4. *De minor.* 13. § 4. f. de Ulp.—Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 4. f. Ulp.

*creditoribus possessis*), y que se hallaban de este modo en el ejercicio de sus derechos, el pretor, rescindiendo la tradicion, la enajenacion que se habia verificado (*rescissa traditione*), les daba contra todo detentador de las cosas enajenadas fraudulentamente, la accion vindicatoria, en una *formula ficticia*, fundada en la hipótesis ficticia de que esta cosa no habia sido entregada ni enajenada ; tal es la accion de que habla nuestro párrafo.—Sabemos, por lo demas, por lo que hemos dicho de las manumisiones, lo que debe entenderse por ventas hechas en fraude de los acreedores: sabemos que se necesita el hecho y la intencion (*eventus et consilium*); el hecho de la insolvencia, y la intencion de burlar á los acreedores.

Lo que acabamos de decir no deja duda alguna sobre la naturaleza de la accion Pauliana de que habla nuestro párrafo. Es una accion *in rem*, segun dice terminantemente Teófilo en su paráfrasis, diciéndolo tambien nuestro texto en estas palabras : *eam rem petere;* por lo demas, el objeto de estos diversos párrafos es exponer las acciones pretorianas ; y las *in personam* vendrán despues desde el § 8. En fin (y esto es más decisivo), ahora que Gayo nos ha dado á conocer íntegras las fórmulas ficticias, sabemos ya lo que es una accion vindicatoria fundada en una fórmula igual.

Con todo, esta accion Pauliana *in rem* no está indicada en todo el cuerpo del derecho de Justiniano más que por nuestro párrafo; fuera de él no aparece en ninguna parte. En su lugar, y bajo el mismo nombre de accion Pauliana (1), encontramos una accion *in personam*, concebida *in factum* y arbitraria, que se da para revocar, no sólo las ventas, sino cualquier acto ejecutado por el deudor en fraude de sus acreedores, con el cual haya disminuido su patrimonio, tales como las aceptilaciones ú otras remisiones de deudas que hubiese hecho, de obligaciones fraudulentas que hubiese contraido ; pero no de las renuncias de herencias ó de legados, porque en esto no se empobrece ; sólo deja de ganar (2). La accion se da, no contra todo detentador, porque no es *in rem*, sino contra el deudor que ha defraudado, y contra las personas que tratando con él habian conocido el fraude, aunque no posean ya ó áun contra los que no habiendo conocido este fraude, hu-

(1) Dig. 22. 1. *De usur*. 38. pr. y § 4. f. Paul.
(2) Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit.* 1. § 2. f. Ulp.; 3 y 6. pr. §§ 1 y 2 y sig. f. Ulp.

biesen recibido bienes á título gratuito: en este último caso se daba la accion hasta el importe de lo que se habian enriquecido los donatarios (1).

En suma, los acreedores puestos en posesion de los bienes de su deudor tenian, para revocar los actos hechos en fraude de sus derechos, dos especies de acciones Paulianas, que no deben confundirse una con otra: 1.° La accion *Pauliana in rem*, que sólo se aplicaba al caso de venta, y que no era más que una *rei vindicatio* fundada en la *formula ficticia*, por medio de la cual se perseguian y reclamaban de cualquier detentador las cosas enajenadas fraudulentamente; ésta es indudablemente la más antigua, y ha concluido quizá por concederse con ménos frecuencia por el pretor; —2.° La accion *Pauliana in personam*, que se aplicaba á todos los actos fraudulentos, y se daba contra el deudor, contra los cómplices de su fraude, ó contra los que se habian aprovechado de él á título gratuito, áun cuando ya no posean (2).

VII. Item Serviana, et quasi-Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius *prætoris jurisdictione* substantiam capiunt Serviana autem experitur quis *de rebus coloni*, quæ, pignoris jure, pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi-Serviana autem, qua creditores pignora hipothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appelatione continetur; sed in aliis differentia est. Nam pignoris appelatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione continere dicimus.

7. La accion Serviana y la accion cuasi-Serviana, llamada tambien hipotecaria, proceden igualmente de la jurisdiccion del pretor. La accion Serviana se ejerce sobre los bienes del colono que están afectos á título de prenda al pago de los arrendamientos. La accion cuasi-Serviana es aquella por la cual los acreedores persiguen sus prendas ó sus hipotecas. En cuanto á la accion hipotecaria, no hay diferencia entre una prenda y una hipoteca, aunque una y otra denominacion se aplican igualmente á las cosas que un acreedor y su deudor se han convenido en hipotecar para el pago de la deuda; pero la prenda y la hipoteca difieren bajo de otros respectos. En efecto, el nombre de prenda se ha aplicado especialmente al objeto afecto á la deuda, que ha sido entregado al acreedor, sobre todo si este objeto es mueble. Si, por el contrario, la aplicacion se ha hecho sin tradicion, por el solo consentimiento, se llama hipoteca.

(1) Ibid. 6. § 11. f. Ulp.; 9, 10. § 2 y 25. f. Ulp.; 15. f. Ulp.; 25.

(2) Así es que en los casos de violencia el que habia sido víctima de ella tenia ya una accion ficticia y rescisoria *in rem*, en caso de venta; y si la preferia para otro cualquier objeto, la accion personal del cuádruplo, *Quod metus causa* (Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. §§ 3, 4 y 6. f. Ulp.).

Hemos considerado ya la prenda como un contrato; aquí la trataré mos como derecho real conferido al acreedor. Bajo este aspecto es preciso tratar á la vez de la prenda (*pignus*) y de la hipoteca (*hypotheca*), á las cuales se refiere, pero sólo como cuestion de categoría, en ciertos casos particulares, y dar una nocion de lo que se ha llamado por los modernos un privilegio (1).

En los primitivos tiempos aquel que para hacer préstamos ó para seguridad de cualquiera otra obligacion deseaba obtener crédito, confianza, transferia al acreedor por la mancipacion la propiedad de cualquier objeto, de todo ó de parte de sus bienes, á veces áun de su propia persona; pero con la cláusula de fiducia (*sub fiducia*), la ley de remancipacion (*sub lege remancipationis*), es decir, con la cláusula de que una vez pagada la deuda se le devolveria la propiedad. En este caso, y salvas las consecuencias de esta cláusula, el acreedor se hacía propietario, *dominus ex jure Quiritium*, y tenía la *rei vindicatio*.

Para evitar al deudor el rigor y los riesgos de semejante enajenacion, se contenta el acreedor con la simple entrega de un objeto que retenia para seguridad del crédito. Éste fué el orígen de la prenda (*pignus*); pero al principio los derechos del acreedor se limitaron á la detencion de la cosa: si llegaba á perder la posesion, no tenía ninguna accion *in rem* contra los demas detentadores.

Un pretor llamado Servio, cuya época no conocemos, pero que parece anterior á Ciceron, y que se ha confundido sin razon con el célebre Servio Sulpicio, contemporáneo del gran orador, fué el primero que concedió contra los terceros detentadores una accion pretoriana *in rem*, pero sólo en un caso especial, á saber: al locador de un fundo rústico respecto á las cosas empeñadas por el colono (*colonus*) para seguridad del precio del arriendo. Esta accion tomó del pretor que la introdujo el nombre de accion Serviana (*Serviana actio*) (2).

Extendida por los pretores que le sucedieron á los demas casos

(1) Dig. 20, tit. I. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Cod 8. tit. 14. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Pueden verse en la materia los textos que nuestro ilustre colega M. Pellat ha publicado con su traduccion, seguidos de la traduccion de un sucinto tratado sobre el mismo asunto, por M. Fr. Ad. Schilling. Paris, 1840, en 8.°

(2) Parece que la costumbre de hacer empeñar al arrendador las cosas llevadas por él para la explotacion del fundo era antigua y general entre los romanos, puesto que Caton, *De re rustica*, 146, dice ya: « *Quæ in fundo illata erunt, pignori sunto.* »

de prenda, se llamó accion cuasi-Serviana (*quasi Serviana actio*).

En fin, el derecho pretoriano dió el último paso admitiendo que por la simple convencion, sin entregar al acreedor el objeto afecto al pago del crédito, se le pudiese conferir sobre este objeto el mismo derecho real que si se le hubiese dado en prenda (1); es decir, el mismo derecho de venderla en caso de necesidad y pagarse del precio, con preferencia á los demas acreedores, con la accion real *quasi Serviana ó hypothecaria actio*. Esta institucion pretoriana ofrecia una anomalía particular en el derecho romano, la de ser un derecho real constituido por la sola convencion; pero suministraba un medio muy cómodo de crédito, puesto que el deudor podia por ella dar en garantía al acreedor una cosa sin privarse de su uso ni de su posesion. La hipoteca existia ya en tiempo de Ciceron, pues se hace mencion de ella en sus escritos (2).

La prenda y la hipoteca difieren, pues, en que en la una hay entrega de la cosa al acreedor, y en la otra simple convencion; pero, por lo demas, el derecho de cobrarse con preferencia á los otros acreedores, y el derecho por medio de la accion *quasi-Serviana* contra los demas detentadores, existen y son los mismos en ambos casos, de suerte que, bajo este aspecto, con razon han escrito los jurisconsultos romanos: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*» (3). Tambien se toman, por lo comun, las dos expresiones una por otra, pudiendo decirse que en toda prenda hay una hipoteca, como en toda hipoteca una prenda.

Toda cosa susceptible de compra y venta puede darse en prenda ó hipoteca, sin distinguir, como entre nosotros hoy, las muebles de las inmuebles: tanto las cosas corpóreas como las incorpóreas, un usufructo como un crédito; tanto las cosas particulares (*singulares*) como las universales (*rerum universitates*); y hasta puede convenirse en que la hipoteca alcanzará á todos los bienes presentes y futuros del que la da (4).

Es tal la naturaleza de la prenda y de la hipoteca, que el derecho existe en totalidad para todo el crédito y para todos sus acce-

---

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.: «Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, *ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.*»

(2) CICER. *Ad familiar.* XIII, 56.

(3) Dig. 20. 1. *De pignor. et hyp.* 5. § 1. f. Marcian.

(4) Dig. 20. 1. *De pignor.* 9. § 1. f. Gay. 13. pr. f. Marcian.; 15. pr. f. Gay. 29. pr. y § 3. f. Paul. 34. § 2. f. Marcian. — Cod. 3. 17. *Quæ res pign. oblig. poss. vel non*, const. de Alejand.

sorios, no sólo sobre el conjunto de la cosa hipotecada, sino sobre cada una de sus partes y de sus accesorios ; de modo que si hay, por ejemplo, pago parcial ó division de la deuda ó del crédito, no deja de quedar por eso la cosa hipotecada en su totalidad por el resto ó por cada fraccion de lo debido; ó si, por el contrario, la cosa llega á perecer en parte ó á dividirse, cada fraccion de esta cosa no queda ménos empeñada por la totalidad de lo debido, que es lo que se expresa diciendo que la hipoteca es indivisible.

Los derechos del acreedor pignoraticio ó hipotecario consisten: 1.°, en el derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*); 2.°, en el derecho de cobrarse de su precio con preferencia á los demas acreedores; 3.°, en el derecho contra los terceros detentadores por garantía y ejercicio de los derechos precedentes.

1.° El derecho de vender la cosa (*jus vendendi seu distraendi*), parece no haber existido en el orígen primitivo de la prenda, que se reducia entónces á una simple facultad de retencion; mas en consecuencia del desarrollo de la institucion se ha convertido en regla esencial, y el pacto contrario *ne vendere liceat* no quitaria este derecho al acreedor hipotecario (t. I, pág. 456). La venta no puede hacerse sino al vencimiento de la deuda para el crédito hipotecado solamente, y en las formas arregladas por la convencion, ó en caso de necesidad, en las determinadas por las leyes (1). La cláusula llamada *lex commissoria*, por la cual el acreedor y el deudor conviniesen en que, caso de no pagar en cierto plazo, la cosa empeñada la adquiriria sin venta alguna el acreedor, habia sido prohibida por la jurisprudencia romana, porque podia conducir á un despojo perjudicial al deudor. Este derecho de vender no es en el derecho romano, como en el moderno, un derecho comun á todos los acreedores, sino que es la consecuencia de la prenda ó de la hipoteca, pues que ya sabemos que el derecho civil, salvos algunos casos particulares, no daba medios de ejecucion al acreedor más que contra la persona y no contra los bienes del deudor; y los que más tarde introdujo el pretor diferian todavía considerablemente del derecho de vender concedido al acreedor pignoraticio. Esta observacion es muy esencial para comprender bien la naturaleza particular de la prenda y de la hipoteca entre los romanos.

---

(1) Dig. 20. 5. y Cod. 8. 28. *De distractione pignorum et hypotecarum.*

2.° El derecho de preferencia ofrece materia importante que estudiar: si no hay más que un acreedor pignoraticio ó hipotecario á quien se haya empeñado la cosa, no ofrece dificultad alguna, reduciéndose para él al derecho de vender ó al derecho que de él resulta, y como nadie puede disputarle su puesto, es preferido á todos. Pero la misma cosa puede hipotecarse á muchos acreedores, ó darse como prenda al uno é hipotecarse á otros varios: en este caso hay concurso de acreedores hipotecarios sobre un mismo objeto, y si el precio no basta para el pago de todos, se procede á arreglar el órden en que han de ser preferidos los unos á los otros (1). — La regla general del derecho romano es que la preferencia de las prendas ó las hipotecas se determina por la fecha de su creacion; el primero en antigüedad es el mejor en derecho: «*Potior tempore potior jure*», es la máxima deducida de una constitucion del emperador Antonino (2). Y esto sin distincion entre la prenda y la hipoteca, de suerte que el acreedor hipotecario que no ha sido puesto en posesion de la cosa, pero que es anterior en fecha, es preferido áun al acreedor pignoraticio á quien ha sido entregada la cosa, pero posterior á él (3).—Con todo, hay ciertas hipotecas, á las cuales se ha concedido por excepcion, y prescindiendo de su fecha, un derecho especial de preferencia, las cuales toman órden, no con arreglo á la época de su creacion, sino segun el grado de favor de que gozan, y que son preferidas áun á las hipotecas anteriores á ellas. De este número son principalmente: la hipoteca del fisco, por los impuestos atrasados y por cualesquiera otros créditos (4); la de la mujer, por la dote (5); la de los otros que han hecho gastos en utilidad, ó para la conservacion de la misma cosa hipotecada (6). Aquí la cuestion de órden no es una cuestion de fecha, sino una cuestion de derecho. Los modernos han dado á las hipotecas que gozan esta preferencia el título de hipotecas *privilegiadas* ó el nombre de *privilegios*: denominaciones, sin embargo, que los romanos no han usado en este senti-

---

(1) Dig. 20. 4. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur.*

(2) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 4. const. de Anton. Véanse tambien en el mismo título las constituciones 2 y 3; y en el Digesto, 20. 4. *Qui potior.* 2. f. Papin. y 8. f. Ulp.

(3) Dig. 20. 1. *De pignor.* 10. f. Ulp.

(4) Cod. 4. 46. *Si propt. publ. pension.* 1. const. de Anton.—Dig. 49. 14. *De jur. fisc.* f. Ulp.

(5) Cod. 8. 18. *Qui potior.* 12. const. de Justinian.—Novel. 97. c. 3.

(6) Dig. 20. 4. *Qui potior.* 5, 6 y 7. f. Ulp.—Cod. 8. 18. *Qui potior.* 7. const. de Diocl. y Max.—Novel. 97. c. 3 y 4.

do técnico y especial. Por eso se cree que lo que nosotros llamamos hoy un privilegio no era entre los romanos un derecho aparte de naturaleza especial, sino una consideracion para indicar en ciertos casos el órden de algunas hipotecas, y de aquí ha venido la costumbre de decir que en todo privilegio hay una hipoteca, lo que no es ya completamente exacto entre nosotros.

3.° El derecho, por tanto, puede ejercerse por el acreedor hipotecario contra todo detentador de la cosa hipotecada y áun contra todo acreedor hipotecario posterior al que tiene la cosa (1). Se ejerce por medio de la accion de que habla nuestro párrafo, la accion *quasi-Serviana*, que encontramos en los textos bajo los nombres de *vindicatio pignoris*, *pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*, ó más bien aún *pigneratitia*, aunque este último nombre se haya reservado especialmente para la accion *in personam*, cuyo objeto es la persecucion de las obligaciones nacidas del contrato de prenda. En cuanto á la accion *quasi-Serviana*, tiende á hacer reconocer y ejercer contra todo detentador el derecho real que tiene el acreedor hipotecario, es decir, el derecho de vender la cosa y de cobrarse preferentemente del precio. Era, pues, una accion *in rem* que venía de la jurisdiccion del pretor, y su fórmula estaba fundada, no como las acciones Publiciana ó Pauliana, sobre una hipótesis ficticia (*fictitia actio*), sino simplemente *in factum*.

Resultaba de este derecho que los que recibian de alguno un objeto cualquiera, ya en propiedad, ya en hipoteca, tenian un interes poderoso en saber si este objeto estaba ya hipotecado de antemano. El derecho romano no suministraba medio alguno para hacer esta comprobacion. El contrato de hipoteca no estaba sujeto á ninguna fórmula y podia ser hasta puramente verbal, reduciéndose toda la cuestion á probar de un modo ó de otro su existencia y su fecha, y desde entónces producia sus efectos (2). Así, miéntras que en derecho romano las traslaciones de dominio no se verificaban más que por el hecho ostensible de la tradicion ó por ciertos medios civiles, las hipotecas podian ser ocultas, y no se habia pensado de ningun modo en establecer, respecto de ellas, un sistema de publicidad. Sin embargo, una constitucion del empera-

(1) Dig. 20. 1. *De pignor.* 16. § 3. f. Marcian. — 20. 4. *Qui potior.* 12. pr. y § 7. f. Marcian.
(2) Dig. 20. 1. *De pignor.* 4. f. Gay.

dor Leon mandó que las hipotecas que se justificasen, ya por un *instrumentum publice confectum*, es decir, por un acto celebrado bajo la autoridad de un magistrado ó de un notario público, ya á lo ménos por un acto firmado por tres testigos de buena reputacion (*probatæ atque integræ opinionis*), fuesen, aunque posteriores en fecha, ántes de las que estuviesen desprovistas de estas pruebas (1). Esta constitucion debió multiplicar el uso de los actos públicos para justificar las hipotecas, pero no establecia una regla imperativa, y no fijaba todavía el medio de ponerlas en conocimiento de todos.

Ademas de la voluntad de las partes encontramos todavía que podian constituir prendas ó hipotecas las disposiciones de la ley ó de la jurisprudencia y la autoridad del magistrado. Entre las hipotecas que resultan de la ley ó de la jurisprudencia, prescindiendo de toda convencion de las partes, se hallan principalmente: la del colono de un fundo urbano, para seguridad de las obligaciones procedentes del arrendamiento sobre las cosas llevadas por el locatario al edificio arrendado (*invecta et illata*); la del locador de un fundo rústico, pero sólo sobre los productos del inmueble: en cuanto á los objetos llevados para explotacion del fundo, no estaban hipotecados más que en virtud de una convencion, la que Justiniano concede á los legatarios sobre la parte hereditaria de cada heredero en seguridad del cumplimiento de los legados á que está obligado; la del fisco por muchos de sus créditos; la de los pupilos, los menores y los locos sobre todos los bienes de sus tutores y curadores por las obligaciones resultantes de la tutela y de la curaduría, segun las instituciones de Constantino Magno y de algunos emperadores posteriores hasta Justiniano; la de la mujer en los bienes del marido por la restitucion de la dote y otras várias. Los jurisconsultos romanos dan á estas hipotecas la calificacion de hipotecas tácitas (2). En fin, hemos visto cómo por la *missio in possessionem bonorum* ó por la *pignoris capio* pretoriana el magistrado puede constituir una especie particular de prendas que se llama *pignus prætorium*.

VIII. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas

8. Tambien ha introducido el pretor por su jurisdiccion acciones per-

(1) Cod. 8. 18. *Qui potior*. 11. const. de Leon.
(2) Dig. 20. 2. y Cod. 8. 15. *In quibus causis pignus vel hypoteca tacite contrahitur.*

habet prætor; veluti *de pecunia constituta*, cui similis videbatur *receptitia*. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quæritur an actor juraverit, et alias complures.

sonales, por ejemplo, la accion *de constituta pecunia*, á la que se asemejaba la accion *receptitia*; pero como por una constitucion hemos trasladado á la accion *de constituta pecunia* todas las ventajas de la accion *receptitia*, esta última como inútil ha debido desaparecer de nuestras leyes. El pretor fué tambien el que introdujo las acciones hasta el importe del peculio de los esclavos ó de los hijos de familia, la en que se trata de saber si el demandante ha prestado juramento y otras várias.

IX. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promisserint, jure civile tenentur.

9. La accion de *constituta pecunia* se ejerce contra todo el que ha prometido pagar por sí ó por otro, con tal que no intervenga estipulacion, pues si habia prometido á un estipulante, estaria obligado por el derecho civil.

Ya hemos tratado del constituto y de la accion *de constituta pecunia*. Este pacto y esta accion pretoriana traen su orígen de una accion análoga que existia en el derecho civil y que se llamaba *actio receptitia*. El uso de los banqueros, comerciando en dinero, cambiando monedas, abriendo créditos á sus clientes, recibiendo de ellos sumas en depósito ó en préstamo con interes, adelantándoles, pagando ó prometiendo pagar por ellos; este uso era frecuente desde los tiempos antiguos entre los romanos; y las comedias de Plauto y de Terencio muestran á cada paso vestigios de él. Estos banqueros se llamaban *argentarii*. Por lo comun, cuando se debia á uno una cantidad de dinero, se le llevaba en casa de su *argentarius*, que pagaba por el deudor, ó por lo ménos que prometia pagar en cierto dia. Esta promesa por excepcion de las reglas ordinarias del derecho civil no tenía necesidad de hacerse con las formalidades de la estipulacion ni del contrato *litteris*; de cualquiera modo que se hiciese por parte de un *argentarius*, obligaba á éste y daba contra él esta accion civil. La operacion se designaba con el verbo *recipere*, recibir dia para el pago, y la accion que nacia de ella se llamaba *actio receptitia*.

Pero esta operacion y esta accion eran exclusivamente especiales de los *argentarii*: el pretor estableció por imitacion para cada uno sin distincion algo de análogo, cuando erigió en pacto pretoriano la simple promesa hecha, por cualquiera que fuese, de pagar

en dia fijo una deuda preexistente : acto designado con el verbo *constituere*, señalar un dia para el pago de una deuda preexistente, de donde nacia la accion *constituta pecunia.*

Por consiguiente, hubo para una promesa casi semejante dos acciones análogas : la accion *receptitia*, procedente del derecho civil contra los *argentarii*, que solamente practicaban semejantes operaciones; y la accion de *constituta pecunia*, accion pretoriana contra cualquiera persona. Dándose esta última accion contra cualquiera, se daba tambien contra el *argentarius*, de suerte que en el caso de la promesa hecha por éste, el acreedor tenía contra él la eleccion, ó de la accion civil *receptitia*, ó de la accion pretoriana *de constituta pecunia.*

Estas dos acciones no tenian absolutamente los mismos efectos, existiendo muchas diferencias entre ellas, de lo que nació que la accion civil, *receptitia*, fuese bajo diversos conceptos más ventajosa. En efecto, era perpétua, se aplicaba á todos los objetos, y se concedia sólo porque habia promesas, sin examinar si habia una causa preexistente; miéntras que la accion *de constituta pecunia*, por el contrario, no era más que anual, no se aplicaba más que á las cosas que se apreciaban por el peso, el número ó la medida, y suponia siempre una deuda anterior (1).

Estas dos acciones subsistieron juntas, con su destino respectivo, hasta Justiniano, que las refundió en una sola, suprimiendo la accion *receptitia*, que era especial de los *argentarii*, y trasladando sus efectos á la accion general *de constituta pecunia.*

Así esta accion se dará contra cualquiera persona, por cualquier objeto, y será perpétua, continuando, sin embargo, en no concederse más que cuando la promesa de pagar se refiere á una deuda anterior (2).

La deuda condicional, no siendo todavía irrevocablemente deuda miéntras que no se cumple la condicion, no puede ser fundamento sino de un constituto condicional; pero las deudas hasta cierto dia han podido dar lugar á un constituto, cuya exigibilidad fuese más inmediata. Cuyacio pretende que todo constituto era á término, puesto que el verbo *constituere*, como el de *recipere*, significaba

---

(1) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia.* 2. const. de Justinian.
(2) Cod. 4. 18. *De constituta pecunia.* 2. const. de Justinian.

señalar ó recibir un dia para el pago (1), y Paulo dice (2) que cuando se ha omitido indicar un término de un constituto, se ha concedido uno de diez dias por lo ménos.

X. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

10. El pretor ha concedido la accion de peculio contra el padre ó el señor, porque, aunque segun el derecho civil no están obligados por los contratos de su hijo ó de su esclavo, es, sin embargo, equitativo que sean condenados hasta donde alcance el peculio, especie de patrimonio de los hijos ó hijas y de los esclavos.

De las acciones *de peculio* tratarémos en el § 4 del siguiente título. Las ponemos con el texto en plural, porque la expresion *de peculio*, como cuidarémos de explicarlo, no indica más que una calificacion aplicable á un gran número de acciones distintas.

XI. Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur; justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

11. Lo mismo si uno en la demanda de su adversario ha jurado que la suma reclamada por él se le debe, el pretor, en caso de insolvencia, le da una accion, por la cual se examine, no si el crédito existe, sino si ha prestado este juramento.

En nuestro párrafo se trata del juramento que las partes, para concluir el pleito y evitar la contienda judicial, convenian en diferirse el uno al otro, fuera de toda instancia, sin estar *in judicio*, ni áun *in jure*. Hay en ello una especie de transaccion que el derecho pretoriano ha confirmado, y que segun las expresiones de Paulo tiene más autoridad todavía que la cosa juzgada (3). Nuestro texto supone que el que se juzga acreedor es el que, conformándose con la voluntad de su adversario, ha jurado que le debe. Desde entónces, y en caso de negativa de pagar por parte del deudor, la única cuestion ya á los ojos del pretor no es saber si el crédito existe ó no, sino si se ha prestado el juramento. En consecuencia de esto, da al acreedor para la persecucion de su derecho una accion pretoriana, llamada de *jurejurando* ó *an juraverit*, que está concebida *in factum*, y en la cual el juez no tendrá más que comprobar el juramento. Este juramento puede tambien, segun el

(1) Lib. 29. Paul. ad. edict.
(2) D. 13. 5. 21. § 4.
(3) Dig. 12. 2. 2. f. de Paul.

caso, si su resultado ha sido favorable al pretendido deudor, dar lugar, ya á una denegacion de accion, ya á una excepcion de *jurejurando* en su favor, como verémos más adelante (tít. 12, § 4).

Ademas de este juramento, fuera de toda instancia y como transaccion para evitar el proceso, restan todavía otras especies de juramento, el deferido ó referido por las partes, la una á la otra, en el curso mismo de un proceso; ya ante el pretor (*jusjurandum in jure*), ya ante el juez (*jusjurandum in judicio*); ó el que el mismo juez defiere, para ilustrarse, á cualquiera de las partes; ó en fin, el que defiere para apreciar el importe de la condena (*jusjurandum in litem*). Nuestro texto no se ocupa aquí de los efectos de estas várias especies de juramentos, de que ya hemos dicho alguna cosa.

XII. Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti, adversus eum qui quid *ex albo ejus corrupisset;* et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit; et alias innumerabiles.

12. Gran número de acciones penales fueron tambien introducidas por la jurisdiccion del pretor: por ejemplo, las acciones contra el que hubiese *borrado una parte cualquiera del album;* el que hubiese citado *in jus*, sin permiso prévio, á su padre ó á su patrono; el que hubiese arrebatado con violencia ó hecho desaparecer con dolo á una persona llamada *in jus*, y otra porcion de acciones.

*Ex albo ejus corrupisset.* Ya se sabe lo que era el *album* del pretor: cualquiera que le causase el menor deterioro, ya rompiéndole, ya manchándole, ya haciéndole desaparecer, ya alterándole, era castigado en virtud de una accion pretoriana popular, llamada accion *de albo corrupto*. Las alteraciones de los edictos de los emperadores llevaban tras sí la pena de la falsificacion (1).

Lo que ya hemos dicho de la prohibicion hecha á los hijos ó á los libertos de citar *in jus* á sus ascendientes ó á su patrono sin autorizacion prévia, y de la accion *in factum* que se daba contra ellos por infraccion de esta prohibicion, como tambien de la accion pretoriana dada contra los que se hubiesen resistido á una *vocatio in jus*, ó usado de violencia ó de dolo para impedirla, nos parece suficiente para la inteligencia de los ejemplos presentados aquí por nuestro texto.

---

(1) D. 48. 10. 32. Mod.—Paul. Sent. 13. 3.

XIII. Præjudiciales actiones in rem esse videntur : quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa *legitimam causam* habet, per quam quæritur an aliquis liber sit : cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

13. Las acciones prejudiciales parecen ser acciones reales : tales son aquellas por las que se examina si uno es libre ó liberto, que tienen por objeto hacer reconocer la filiacion. Entre estas acciones no hay más que una que esté *fundada en el derecho civil*, á saber, aquella por la cual se trata de saber si uno es libre : las otras proceden de la jurisdiccion pretoriana.

Hemos indicado el carácter de las acciones prejudiciales bajo el sistema formulario, que tenía de particular que la fórmula no contenia condena, y que la sentencia se limitaba á reconocer y comprobar, ya un hecho, ya un derecho que constaba desde entónces judicialmente, y al que las partes recurrian más tarde, en caso de necesidad, para deducir todas las consecuencias legales. Lo referente á la redaccion de la fórmula ha desaparecido en tiempo de Justiniano; pero prescindiendo de esta redaccion, que no tiene lugar, el carácter de la accion permanece el mismo.

Aunque estas acciones no sean enteramente idénticas con las acciones *in rem*, puesto que éstas contienen siempre la pretension de un derecho real por parte del demandante, debiendo conducir á una condena ó á una absolucion, al par que las acciones prejuciales tienden á veces sólo á la justificacion de un hecho, y no llevan jamas tras sí condena; sin embargo, como tampoco se dirigen á la persecucion de una obligacion, y que, por consiguiente, no se hace en ellas mencion de ninguna persona obligada, y que el hecho ó el derecho que trata de justificar esté expresado en ella de un modo general *in rem*, con razon dice nuestro texto que parecen ser acciones *in rem.*

Los derechos que las acciones prejudiciales aspiran con más frecuencia á comprobar son los que se refieren al estado de las personas, como los de ingenuidad, de libertad, de patronato, de paternidad, de filiacion y otros semejantes, los cuales sabemos que son derechos reales. Los comentadores de derecho romano anteriores á nuestra época creian que el uso de las acciones prejudiciales se reducia á estas aclaraciones de estado; pero desde que Gayo nos ha dado á conocer su verdadero carácter, podemos reconocer, ya en Gayo, ya en las *sentencias* de Paulo, y áun en el Digesto, varios casos de accion prejudicial, que tienen por objeto justificar un hecho. Tales son las acciones prejudiciales en que se

trata de saber *quanta dos sit* (1), si los *sponsores* ó los *fidepromissores* han sido instruidos, como prescribe la ley, de la extension de su obligacion (2); *an res de qua agitur major sit centum sextertiis* (3); *an bona jure venierint* (4).

La *liberalis causa* al principio era una verdadera *vindicatio*, y sólo más tarde se convirtió en un *præjudicium*. Puede considerarse bajo dos aspectos : ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno esclavo, ya en la hipótesis de que se trate de declarar á uno libre : en el primer caso la accion compete á cualquiera que se crea propietario ó usufructuario del hombre en litigio; en el segundo, la accion pertenece al hombre mismo, cuya calidad está en cuestion, á sus parientes ó á su esposa. Antiguamente esta accion no se ejercitaba por la persona litigiosa, sino por un *lictor* ó *assertor libertatis*, porque la *liberalis causa* era una verdadera *vindicatio;* el hombre litigioso era presentado y vindicado á presencia del pretor como cualquiera otra cosa corpórea, litigiosa entre dos partes que tienen pretensiones contrarias. Una vez juzgada la cosa entre el *assertor* y el pretendido dueño, no quedaba decidida más que entre ellos, y uno podia venir pretendiendo ser el dueño del mismo individuo, aunque el primero hubiese salido mal. Si el esclavo sucumbia, áun podia hacer juzgar la misma cuestion tres veces contra el mismo adversario por medio de otros *assertores;* pero Justiniano, al permitir al esclavo defender por sí mismo su libertad, decidió que la cosa juzgada con este motivo quedaba juzgada para todos.

El estado de una persona puede litigarse áun despues de su muerte; pero los emperadores Claudio y Nerva han decidido que el estado de que se hallaba en posesion un difunto al tiempo de su muerte no pudiese ser disputado más que durante cinco años, si se queria hacerlo de peor condicion (5).

*Legitimum causam. La causa liberalis* era tambien anterior á la ley de las Doce Tablas, habiéndola insertado Apio Claudio en esta ley (6).

---

(1) Gay. Com. 4. § 44.
(2) Gay. Com. 3. § 123, pág. 183.
(3) Paul. Sent. V. 9. *De stipul.* § 1.
(4) Dig. 42. 5. *De reb. auctor. judic.* 30. f. de Papin. Just.
(5) C. 7. 16. 6.
(6) D. 1. 2. 2. § 24. Pomp.

XIV. Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut cuadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, SI PARET EOS DARE OPORTERE; quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

14. Segun esta distincion de las acciones, es cierto que el demandante no puede reclamar su cosa por esta fórmula. SI APARECE QUE FULANO DEBE DAR, pues lo que le pertenece no podria dársele, porque dar (*dare*) significa transferir su propiedad, y la cosa que es ya suya no podria serlo más. Con todo, en ódio de los ladrones, y para obligarles por medio de muchas acciones, se ha querido que ademas de la pena del duplo ó del cuádruplo, estuviesen sujetos para el recobro de la cosa á esta accion; SI APARECE QUE DEBAN DAR, aunque la accion real por la que el demandante sostiene que la cosa es suya, exista tambien contra ellos.

XV. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes, in personam vero actiones, quibus DARE FACERE OPORTERE intenditur, condictiones. Condicere enim est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse quæ actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiato fit.

15. Se llama á las acciones reales vindicaciones, y condicciones las de las acciones personales, cuya pretension es que el adversario DEBA DAR Ó HACER. En efecto, *condicere* en el antiguo lenguaje significa denunciar, pero hoy hablamos impropiamente cuando llamamos condiccion á esta especie de accion, porque ya no se hace denuncia.

Hemos explicado suficientemente lo que era la *condictio* bajo el sistema dé las acciones de la ley, cómo se ha conservado el nombre bajo el sistema formulario, aunque no hubiese ya *condictio* propiamente dicha, ó notificacion hecha al demandante, y qué carácter, qué extension ha tomado la *condictio* en este sistema. Aquí bastará referirnos á lo que dijimos con este motivo.

### *Acciones persecutorias de la cosa, de una pena, ó acciones penales; á la vez de una cosa y de una pena, ó acciones mixtas.*

XVI. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia compartæ sunt quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

16. Esta division está sacada de que ciertas acciones se dan para la persecucion de la cosa, otras para la persecucion de una pena, miéntras que otras son mixtas.

XVII. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quæ in perso-

17. Todas las acciones reales tienen por objeto la persecucion de una cosa, y lo mismo entre las acciones

nam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur; veluti, quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor; itemque commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomime quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit: si modo cum ipso apud quem depositum sit, aut cum herede ejus, *ex dolo ipsius* agetur. Quo casu mixta est actio.

personales casi todas las que nacen de un contrato, por ejemplo, la accion por la cual el demandante reclama una suma prestada ó estipulada: las acciones de commodato, de depósito, de mandato, de sociedad, de venta, de compra y de arrendamientos. Con todo, cuando se trata de un depósito hecho en caso de tumulto, de incendio, de inundacion, de ruina ó de naufragio, el pretor da una accion en el duplo, con tal que se intente contra el mismo depositario ó contra su heredero *personalmente culpable de dolo.* En este caso la accion de depósito es mixta.

*Ex dolo ipsius.* En el caso del depósito de que habla nuestro texto al fin de este párrafo, y que se llama depósito *necesario*, si el depositario niega el depósito es condenado en el duplo; pero si despues de haber negado muere, no se dará la accion contra su heredero más que por el tanto, pues no se da contra este último por el duplo más que cuando se ha hecho culpable de dolo. En tiempo de la ley de las Doce Tablas se condenaba al duplo en caso de dolo á todo depositario, ya voluntario, ya necesario (1); pero el pretor limitó en seguida esta disposicion al depósito necesario, porque el depositario voluntario es persona de libre eleccion del depositante, y á él le tocaba elegir un depositario fiel.

XVIII. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius, adversus furem etiam condictio est rei.

18. En cuanto á las acciones que nacen de los delitos, tienen por objeto perseguir: las unas la pena solamente, las otras tanto la pena como la cosa, de donde les viene la calificacion de acciones mixtas. La accion de hurto no tiene por objeto más que la persecucion de la pena, que se da por el cuádruplo en el hurto manifiesto, y por el duplo en el no manifiesto, no tratándose en ella más que de la pena. En cuanto á la misma cosa hurtada, se persigue por una accion distinta, es decir, por la vindicacion contra todo poseedor, ladron ó cualquiera otro, y ademas contra el ladron por la condiccion.

(1) Paul. Sent. 2. 12 y 11.

Es preciso no confundir lo que los romanos llamaban acciones penales con la persecucion de los delitos ó acusaciones públicas. Esta confusion perpétua ha inducido en error á toda la jurisprudencia europea en la rehabilitacion que ensayó del derecho penal romano. La pena, pues, de que aquí se trata, no es una pena pública, perseguida y aplicada en nombre de la sociedad. Estas acciones penales no son más que acciones de derecho privado, que comprenden, á título de pena privada y en provecho del demandante, una condena pecuniaria independiente del perjuicio que ha experimentado.

XIX. Vi autem honorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta *sacrosanctis ecclesiis* vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, *dare distulerint* usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna: et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

19. La accion *vi bonorum raptorum* es mixta, porque en el cuádruplo está comprendida la persecucion de la cosa, no siendo la pena más que del triple. La accion de la ley *Aquilia* es tambien mixta, no sólo cuando se pide el duplo contra el que ha negado, sino á veces tambien cuanto se intenta en el tanto; por ejemplo, en el caso en que uno ha matado un esclavo cojo ó tuerto, que habia estado, en el año, salvo y sano y de buen precio: en efecto, el demandado es condenado, segun lo que hemos dicho, en el valor más alto que el esclavo ha tenido en el año. La accion es tambien mixta contra los que, cargados con legados ó fideicomisos dejados *á las santas iglesias* ó á otros sitios piadosos, retardan la entrega hasta ser demandados en justicia; y entónces, efectivamente, son condenados á dar la cosa ó la suma legada, y otro tanto ademas á título de pena; de suerte que la condena es del duplo.

*Sacrosanctis locis.* Antiguamente se condenaba al duplo en toda clase de legados hechos á cualquiera que fuese; pero Justiniano limitó esta condena al duplo para los legados de que aquí se trata (1).

*Dare distulerint.* Antiguamente se aplicaba esta pena á los que negaban estos legados de un modo absoluto; ahora se impone por simple retardo (2).

---

(1) Inst. 3. 27. § 7.
(2) C. 1. 3. 46. § 7. — Inst. *h. t.* § 26.

## *Acciones que parecen mixtas, tanto* in rem *como* in personam.

XX. Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quæ inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem aliqui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

20. Ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real como personal; tales son la accion *familiæ erciscundæ* entre coherederos para la particion de la herencia; la accion *communi dividundo* entre copropietarios para la particion de una cosa comun; en fin, la accion *finium regundorum* entre los que tienen heredades contiguas. En estas tres acciones el juez tiene el derecho de adjudicar cualquiera cosa á una de las partes, segun las reglas de equidad, y de condenar á la que de entre ellas ha sido beneficiada con la adjudicacion á pagar á la otra cierta suma.

Los redactores de las instituciones acaban de hablar de las acciones *mixtas*, á la vez persecutorias de la cosa y de una pena; la sola semejanza de las palabras, sin que por lo demas haya ninguna analogía en las ideas, les conduce á hablar aquí de las tres acciones, que serian *mixtas* miéntras fuesen á la vez *in rem* é *in personam*, á saber : las tres acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum.*

Estas tres acciones son calificadas de *mixtas* por Ulpiano en distinto sentido, á saber : en el de que cada una de las partes desempeña á la vez el papel de demandante y demandado : « *Mixtæ sunt actiones, in quibus uterque actor est ; ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo* » (1) ; es decir, que pueden en ellas pronunciarse condenas contra una ú otra de las partes, ó contra várias de ellas, al paso que en las acciones simples no puede haber condena más que contra el demandado.

¿Pero puede decirse que son *mixtas* por ser á la vez reales y personales? Ya hemos demostrado que esto es imposible, tanto respecto á la redaccion de la fórmula, como respecto al derecho perseguido : que son exclusivamente acciones personales (*in personam*), porque persiguen la ejecucion de una obligacion, y que son calificadas así en la misma legislacion de Justiniano.

(1) Dig. 44. 6. *De oblig. et act.* 37. § 1. f. Ulp.

¿Cuál es, pues, el sentido que se puede dar á estas expresiones de nuestro párrafo *tam in rem quam in personam?* Algunos intérpretes entre los antiguos han creido deber tomarlas á la letra: pero, segun lo que acabamos de decir, esto es inadmisible, pues estas acciones no son más que acciones personales. — Otros han creido poder explicarlas en el sentido de que significasen «que ciertas acciones que parecen tener una naturaleza *mixta* (es decir, en que cada una de las partes es á la vez demandante y demandado), y de estas acciones hay tantas entre las acciones reales como entre las personales»; y en efecto, las expresiones *tam in rem quam in personam* se nos presentan algunas veces en los textos con esta significacion (1); pero aquí serian inexactas, pues no hallamos accion real en que cada una de las partes sea á la vez demandante y demandada. — Nosotros nos adherimos á otra opinion que prevalece hoy, seguida por Mr. Walter en su *Historia del procedimiento civil de los romanos* (2), que hemos adoptado en nuestra primera edicion, y que es admitida igualmente por nuestro colega Mr. Ducarroy. Los redactores de la Instituta de Justiniano han dicho de las tres acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, que son *tam in rem quam in personam*, porque son las tres únicas acciones en que puede haber á la vez *adjudicacion* y *condena;* es decir, adjudicacion de la propiedad de todo ó parte de las cosas, y prestaciones por parte de las personas. «*Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones*», dice Ulpiano (3), y la paráfrasis de Teófilo está conforme completamente con esta interpretacion. Por lo demas, añadirémos que de cualquier modo que se entiendan estas expresiones *tam in rem quam in personam*, nunca serán exactas respecto de su significacion técnica: ni lo son más en la última interpretacion adoptada por nosotros que en las otras, porque el resultado de una accion *in rem* es el reconocimiento de una propiedad preexistente; al paso que la adjudicacion que contiene las tres acciones de que se trata es la

---

(1) Véase en nuestro mismo título, §§ 3 y 31, y más adelante, tit. 12. *De perpetuis et temp. action.* pr.

(2) Cap. 3, pág. 35 de la traduccion de M. LABOULAYE.

(3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 22. § 4. f. Ulp.: — «Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo, ita etiam præstationes veniunt.» (Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 4. § 3. f. Ulp.) — «Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est» (Dig. 10. 1. *Finium regund.* 1. f. Paul.).

adjudicacion de una propiedad nueva, creada por la misma sentencia. Pero, en fin, tal como es, y tomada en su inexactitud, es la idea de la *adjudicatio* y de la *condemnatio*, contenidas en nuestras tres acciones, la que parece haber hecho decir á los redactores de la Instituta, que parecen ser tanto *in rem* cuanto *in personam.*

### *Acciones en el tanto, en el duplo, en el triple, en el cuádruplo.*

XXI. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Ulterius autem nulla actio extenditur.

21. Todas las acciones se dan en el tanto, en el duplo, en el triple ó en el cuádruplo: nunca en más.

Aquí se consideran las acciones bajo una proporcion aritmética entre el importe de la condena y un término de interes que sirve de unidad, y que en ciertos casos se trata de duplicar, de triplicar ó de cuadruplicar; pero ¿cuál es este término de unidad? ¿Es el valor real de la cosa, es decir, el verdadero interes á que tiene derecho el demandante? Sin duda en el fondo se ha juzgado debe referirse á este interes; pero es preciso tomarle tal como está formulado en la *intentio*. Bajo el sistema formulario especialmente, la proporcion de que se trata es una proporcion entre la *intentio*, que sirve de término de unidad, y la *condemnatio*, que debe ser su reproduccion en el tanto, ó á veces en el múltiplo; es decir, que una vez examinada la *intentio* y apreciado el importe á que debe ascender, la sentencia pronunciará darle el importe de esta apreciacion, ó el duplo, el triple ó el cuádruplo. La accion es, pues, del duplo, del triple ó del cuádruplo cuando el juez debe condenar al duplo, al triple ó al cuádruplo del importe en que está apreciada la *intentio*. Así cuando la *intentio* es *quanti ea res erit* ó *quidquid ob eam rem dare aut facere oportet*, y que la *condemnatio* es *tanti condemna*, la accion es del tanto, áun cuando el *quantum* de la *intentio* tuviese por objeto el duplo, el triple ó el cuádruplo de la indemnizacion debida al demandante, si la sentencia ha de repetir exactamente el importe de ese *quantum* (1). La expresion

(1) Conf. Dig. 19. 1. 13. pr. Ulp. é Inst. *h. t.* § 22.— Véase Gay. IV. 47. 50 y 51.—Y Dig. 21. 2. 56. pr. Paul.

*conceptæ* de nuestro texto se refiere, pues, á la *condemnatio*, y no á la *intentio*.

XXII. In simplum agitur: veluti *ex extipulatione*, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique *ex aliis compluribus causis*.

22. Se trata del tanto en las acciones que resultan *de una estipulacion* de préstamo, de venta, de compra, de arrendamiento, de mandato, y *en otras várias acciones*.

*Ex stipulatione*. Á veces estipulamos que nuestro deudor en un caso dado, por ejemplo en el caso de la *stipulatio duplæ*, por garantía en la venta, no debe dar el duplo ó el triple de la cosa debida, y la accion que nazca de semejante estipulacion será siempre del tanto; porque la *intentio* comprende por sí misma el duplo ó el triple, y por otra parte, este duplo ó este triple no se considera sino como el tanto de la estipulacion.

*Ex aliis compluribus causis*. Se trata tambien del tanto en las acciones por las que no se persigue más que la cosa, y áun en várias acciones penales, como en la accion de injurias, ó cuando la suma de la deuda es *cierta*.

XXIII. In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, *depositi ex quibusdam casibus*. Item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit: in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legate quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

23. Se trata del duplo en las acciones de hurto no manifiesto, de la ley Aquilia, y, *en ciertos casos*, *del depósito* Lo mismo en la accion *servi corrupti*, contra aquel cuyas exhortaciones ó consejos han incitado á un esclavo á huir, á rebelarse contra su dueño, á entregarse á la disolucion, ó que le han corrompido de cualquiera otro modo; accion en la cual se hace entrar tambien el valor de las cosas que el esclavo fugitivo se ha llevado. Es tambien del duplo, segun lo que ya hemos dicho, la accion relativa á los legados hechos á lugares piadosos.

*Depositi ex quibusdam casibus*. Hemos visto en el § 17 de este título, que en el caso de depósito necesario, la condena es en el duplo cuando el depositario niega el depósito.

En cuanto á la accion relativa á los legados hechos en favor de lugares piadosos, véase el § 19.

XXIV. Tripli vero, cum quidam majorem veræ estimationis quantitatem *in libello conventionis* inseruit, ut ex hac causa viatores, id est exe-

24. Se trata del triple contra el que, en un acto de citacion, ha exagerado el importe de su demanda para que los porteros ó ejecutores

cutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint. Tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro Codice fulget: ex qua dubio procul est *ex lege condictitia* emanare.

del pleito puedan exigir un estipendio mayor. Entónces, en efecto, el demandante es condenado á pagar al demandado el triple del daño una vez; que es lo que hemos introducido en una constitucion inserta en nuestro código, de la cual nace indudablemente una *condiccion legal.*

En el derecho antiguo habia dos acciones del triple que han sido abolidas, y eran las acciones *furti concepti* y *furti oblati* (1). La de que habla aquí Justiniano fué introducida por este Emperador para reemplazar la pena de caducidad en que incurria todo individuo que pedia más de lo que se le debia. Zenon fué el que empezó á templar este rigor, resultando de la plus-peticion.

*In libello conventionis.* Hemos visto á lo que se reducia el acto que servia, bajo el procedimiento extraordinario, para comenzar la instancia, y en el cual indicaba el demandante las pretensiones que se proponia hacer valer en el pleito. Este *libellus conventionis* se notificaba por un *viator* ó *executor*, y sobre esta notificacion el adversario debia dar caucion de presentarse en juicio cuando fuese llamado (*cautio judicio sistendi*). Esta caucion se daba al *viator* ó *executor litium*, al cual se pagaban al mismo tiempo las costas. La *cautio judicio sistendi* reemplazaba al *vadimonium*, y el *libellus conventionis* á la *vocatio in jus* (2).

*Ex lege condictitia.* Justiniano queria que esa constitucion diese lugar á una *condictio ex lege* (3).

XXV. Quadrupli, veluti furti manifesti; item de eo quod metus causa factum sit: neque ea pecunia quæ in hoc data sit, ut is cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret vel non faceret. Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponent iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam *a reis quidquam exegerint.*

25. Se trata del cuádruplo en las acciones de hurto manifiesto, *quod metus causa*, y en la relativa á las cantidades pagadas para decidir á uno á suscitar ó á abandonar un pleito entablado por sutileza ó trampa; y lo mismo en la condiccion legal establecida por nosotros en el cuádruplo contra los porteros que *han exigido de las partes* algo más de la tarifa fijada por nuestra constitucion.

(1) Gay. 3. 191.—4. 173.

(2) Véase nuestro resúmen de un procedimiento, tanto bajo el sistema formulario, como bajo el sistema del procedimiento extraordinario.

(3) Dig. 13. 2. *De condictione ex lege.*

*A reis quidquam exegerint.* Los porteros exigian honorarios, ó más bien derechos ó salarios (*sportulæ*), no sólo de los demandados, sino tambien de los demandantes (1).

XXVI. Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt. At illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquilia, et interdum depositi, inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usquequo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. Inconfitentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur solventem, *in simplum redditur.*

26. La accion de hurto no manifiesto y la accion *servi corrupti* se diferencian de todas las que hemos comprendido en la misma enumeracion, en que estas dos acciones son siempre de duplo, y las otras, es decir, la accion de la ley Aquilia, y algunas veces la de depósito, no son del duplo más que cuando el demandado niega, pues confiesa no son más que del tanto. En cuanto á la accion relativa á las cosas legadas á lugares piadosos, es del duplo, no sólo si el que está cargado con el legado niega, sino tambien si dilata la entrega hasta ser emplazado por órden de nuestros magistrados. Si confiesa y paga ántes de estos procedimientos por órden del magistrado, *tal accion es del tanto.*

*In simplum redditur.* La expresion es inexacta, porque el que ha entregado el legado inmediatamente no queda sujeto á ninguna accion.

XXVII. Item actio de eo quod metus causa factum sit, a cæteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. Quod in cæteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est et in furti manifesti actione.

27. Igualmente se distingue la accion *quod metus causa* de las que hemos comprendido en la misma enumeracion, porque está en su naturaleza que el demandado sea absuelto, cuando por órden del juez restituya la cosa al demandante; lo cual no sucede en otros casos, sino que el demandado es siempre condenado en el cuádruplo, como se verifica en la accion de hurto manifiesto.

La accion pretoriana *quod metus causa* se da al que ha consentido, en consecuencia de una violencia grave y efectiva, ya en hacer una venta ó una constitucion de derechos reales, ya en contraer ó extinguir una obligacion; y se dirige contra toda persona que se ha aprovechado de la violencia, áun de buena fe. Siendo esta accion arbitraria, puede evitar la condena el demandado, vol-

(1) Nov. 32. c. 9. — Agustin, ep. 55.

viendo á transferir la propiedad ó el derecho real enajenado, con remision de todas las ventajas de que ha sido privada la persona violentada (*cum omni causa*); ó bien en los casos de obligacion, perdonando la obligacion contraida por miedo, ó reponiendo la obligacion extinguida. En el caso de condena, el cuádruplo se calculaba por el importe de toda la utilidad que hubiera tenido el demandante en no ser violentado.

Por lo demas, cuando el resultado de la violencia no habia sido más que una obligacion contraida, la persona violentada, en lugar de la accion pretoriana *quod metus causa*, podia esperar á que su adversario le atacase, y en este caso paralizaba la accion de éste por la excepcion *metus causa*, como explicarémos más adelante (1).

En fin, en lugar de intentar la accion ó de oponer la excepcion, el violentado podia rescindir los actos obtenidos por fuerza, por medio de una *restitutio in integrum*, y entónces se conceptuaba á las partes en la misma posicion recíproca que ántes de estos actos.

### *Acciones de buena fe, acciones de derecho estricto, acciones arbitrarias.*

XXVIII. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.

28. Por lo demas, las acciones son, ó de buena fe, ó de derecho estricto. Son de buena fe las acciones de venta, de compra, de arrendamiento, de gestion de negocios, de mandato, de prenda, de particion de herencia, de particion de bienes indivisos, la accion *præscriptis verbis* que resulta del contrato estimatorio ó de la permuta, y la particion de herencia. En cuanto á esta última, se habia dudado hasta aquí si debia comprenderse ó no entre las acciones de buena fe, pero nuestra constitucion ha decidido positivamente que sí.

Ya hemos expuesto esta division de las acciones, hecha bajo el sistema formulario, y deducida de la extension de los poderes conferidos al juez por la fórmula. En el procedimiento extraordina-

(1) Véase Inst. 4. 13. § 1.

rio, todo lo que procedia de la redaccion de la fórmula y de la distincion entre el juez y el magistrado desapareció, pero lo que dimana del fondo de las cosas subsiste. Así, aunque el juez no reciba ya sus poderes de una fórmula á la que se veia obligado á concretarse, no por eso deja de juzgar *ex æquo et bono* en las acciones de buena fe y con arreglo á los principios de derecho civil, en las acciones de derecho estricto, como lo mandaba antiguamente el pretor al juez del sistema formulario.

Justiniano nos presenta aquí la enumeracion de las acciones de buena fe en su época; y comparándola con la dada por Gayo, que hemos citado ántes, se halla de ménos en la enumeracion de Justiniano la accion *fiduciæ*, que ha dejado de existir; y ademas las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *hereditatis petitio*, y *præscriptis verbis de æstimato*, *vel ex permutatione*, sobre la cual son indispensables algunas palabras de explicacion.

Conocemos el carácter de la accion *præscriptis verbis;* sabemos que era una accion concebida *in jus;* que tenía una *intentio* indeterminada, y de aquí la calificacion que se le daba de *actio civilis inserta.* Conocemos tambien sus diversos casos de aplicacion, y especialmente el de la permuta, *permutatio.* En el contrato estimatorio (*de æstimato*), de que igualmente habla nuestro texto, recibe una persona con estimacion un objeto que se compromete á vender por el precio de estimacion, y se obliga á volver este objeto ó á pagar su estimacion. Nuestro texto parece que no comprende entre las acciones de buena fe más que las acciones *præscriptis verbis* que nacen de la permuta ó del contrato estimatorio; sin embargo, es probable que todas las acciones *præscriptis verbis* fuesen de buena fe.

XXIX. Fuerat antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit.

29. La accion *rei uxoriæ* era antiguamente de buena fe; pero como hallando la accion *ex stipulatu* más ventajosa, hemos, cuando se ha dado para la repeticion de la dote, trasladado á ella en várias divisiones todos los efectos agregados ántes á la accion *rei uxoriæ*, y como en consecuencia esta última ha sido suprimida, la accion *ex stipulatu*, puesta en su lugar, ha recibido de nosotros el carácter de accion de buena fe; pero sólo cuando tiene lugar para la repeticion de la dote. Hemos concedido ademas á la mujer una hipote-

Sed et tacitam ei dedimus hyphotecam. Præferri autem aliis creditôribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

ca tácita, mandando hasta que sea preferida á los demas acreedores hipotecarios, áun cuando obre ella misma por su dote : pues para ella sola hemos introducido este privilegio.

Sabemos que la dote se constituia de tres maneras : por la dacion ó traslacion en propiedad de las cosas en que consiste la dote (*dos data*) ; por la dacion ó promesa solemne, sin pregunta prévia (*dos dicta*) ; por la estipulacion ó pregunta solemne seguida de una promesa conforme (*dos stipulata*). Sabemos tambien quién la podia adquirir segun los diversos casos, cómo debia volver la dote, y por quién podia reclamarse despues de la disolucion del matrimonio. En cuanto á las acciones á que puede dar lugar la constitucion de la dote, hay que distinguir : 1.°, las que tienen por objeto hacer pagar la dote por los que la han prometido; y 2.°, las que tienen por objeto su devolucion, despues de la disolucion del matrimonio, por el marido que la recibió.

Bajo el primer punto de vista, la dote *data* no da lugar á ninguna accion : puesto que el marido ha recibido la dote, ya no tiene que pedirla : la dote *dicta* ó la dote *stipulata* se pierde una y otra por una *condictio* calificada en el último caso de *actio ex stipulatu*.

Bajo el segundo punto de vista, es decir, para la devolucion de la dote despues de disuelto el matrimonio, existia una accion llamada *rei uxoriæ;* accion general concedida á toda persona que tenía el derecho de exigir esta devolucion, de cualquier modo que se hubiese constituido la dote. A veces, sin embargo, las partes no se contentaban con esta accion general, y la mujer ó aquel en quien debia recaer este derecho, ó que queria reservársele, estipulaba formalmente del marido la restitucion de la dote : en este caso tenian, para verificar esta restitucion, la accion *ex stipulatu*, procedente de la estipulacion formal que habian hecho. De estas acciones de reclamacion, ya *rei uxoriæ*, ya *ex stipulatu*, se trata en nuestro párrafo.

La accion general *rei uxoriæ* era una accion de buena fe en que las expresiones consagradas parece que eran éstas : « QUOD EQUIUS MELIUS. » El marido demandado por esta accion tenía el derecho: 1.°, de hacer, por diferentes razones determinadas por la práctica, ciertas reservas sobre la dote ; 2.°, de no restituir las cosas suscep-

tibles de peso, número ó medida, sino en tres años y por tercios (*annua, bima, trima, die*), no siendo la restitucion inmeditamente obligatoria más que de ciertas cosas que no habian sido vendidas al marido al tiempo de su constitucion; en fin, 3.°, de oponer el beneficio de competencia, es decir, el beneficio de no ser condenado más que *quantum facere potest*. Ademas, la mujer no trasmitia esta accion á sus herederos, á no ser que hubiese emplazado á su marido: y si su marido difunto la habia hecho algunas liberalidades por institucion, legado ó fideicomiso, no podia acumular estas ventajas con el ejercicio de la accion *rei uxoriæ* para volver á tomar su dote: en virtud de un edicto llamado *de alterutro* estaba obligada á optar entre uno ú otro de estos derechos (1).

La accion para la restitucion *ex stipulatu*, por el contrario, como todas las acciones procedentes de estipulacion, era de derecho estricto: era mucho más rigurosa que la precedente contra el marido, y más favorable al que pedia la restitucion. Así el marido estaba obligado á restituir, sin poder hacer ninguna reserva, ni reclamar ningun plazo, ni oponer el beneficio de competencia. Todo se comprendia rigurosamente en la promesa de restitucion que habia hecho, pasando la accion á los herederos del estipulante; y si el marido habia hecho á su mujer, sobreviviente, mejoras segun su última voluntad, esta acumulacion, estas mejoras se piden por la accion *ex stipulatu* para la recuperacion de su dote.

Justiniano, para trasladar á todos los casos várias ventajas de la accion *ex stipulatu*, dejando vigentes algunas de las acciones *rei uxoriæ*, refundió estas dos acciones en una, y de cualquier modo que el matrimonio se disuelva, y fuese el que quisiese el orígen de la dote, quiere que la mujer y sus herederos puedan siempre reclamar por una accion *ex stipulatu*, como si hubiese entre los esposos una estipulacion tácita. Sin embargo, transfiere á esta accion *ex stipulatu* en reclamacion de la dote el carácter de una accion de buena fe; como tal concede al marido un plazo de un año para la restitucion de los objetos dotales muebles, y le conserva el beneficio de competencia. En fin, para seguridad de esta reclamacion concede el Emperador á la mujer una hipoteca tácita sobre los bienes del marido; y quiere tambien que esta hipoteca sea privilegiada y preferida á las hipotecas anteriores en fecha. Pero

(1) Ulp. Reg. 6. *De dotibus*. §§ 6 y sig.

este privilegio es enteramente personal de la mujer ó de sus descendientes, no pasando á los demas herederos, que no suceden más que en la hipoteca ordinaria (1).

XXX. In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

30. En las acciones de buena fe se da pleno poder al juez para estimar segun la equidad las restituciones debidas al demandante, lo cual comprende el deber si el demandado debe á su vez alguna cosa, de hacer compensacion y de no condenar al demandado más que en el resto. En las acciones de derecho estricto, en virtud de un rescripto del divino Marco Aurelio y por medio de la excepcion de dolo, se introdujo la compensacion; pero nuestra constitucion, dando mayor amplitud á las compensaciones que se fundan en un derecho evidente, quiere que disminuyan del pleno derecho las acciones reales, ya personales, ya cualesquiera otras, salva la sola accion de depósito, en que creeríamos demasiado odioso oponer la compensacion por cualquiera que fuese, y bajo este pretexto defraudar al depositante de la restitucion de las cosas por él confiadas.

Nos limitarémos por ahora á deducir solamente de este párrafo el principio que por otra parte nos es ya bastante conocido, á saber: que en las acciones de buena fe la compensacion debia hacerse por el juez, sin que fuese necesario que la fórmula le diese poder especial para ello; al paso que en las acciones de derecho estricto no podia tomarla en consideracion más que en tanto que la demanda de ella se habia insertado en la fórmula como excepcion. En cuanto á los detalles sobre las reglas de la compensacion en tiempo de Justiniano, los dejarémos para el § 39, que requiere, y que es especial para esta materia.

XXXI. Præterea, quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti

31. Se llaman ademas ciertas acciones arbitrarias, es decir, dependientes del *arbitrio* del juez. En estas acciones, si el demandado no da al demandante la satisfaccion pres-

---

(1) Véase sobre esta materia: Dig. 24. 3. y Cod. 5. 18. *Soluto matrimonio dos quemadmodum.*—Cod. 5. 13. *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus præstita.*

rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum debat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur: in rem veluti Publiciana. Serviana de rebus coloni, quasi Servianam, quæ etiam hypotecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur *quod aut metus causa aut dolo malo factum est; item cum id quod certo loco promissum est petitur.* Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

cripta por el arbitrio del juez, por ejemplo, la restitucion de la cosa ó la exhibicion, ó el pago, ó el abandono noxal de un esclavo, debe ser condenado. Entre estas acciones se hallan tanto reales como personales: reales, como las acciones Publiciana, Serviana, relativa á los efectos del colono; cuasi-Serviana, llamada tambien hipotecaria: personales, por ejemplo, las acciones intentadas por lo que se ha hecho por *miedo ó dolo;* la accion por la cual *se pide lo que se ha prometido en un sitio determinado.* La accion *ad exhibendum* tambien es arbitraria. En todas estas acciones y otras semejantes el juez tiene la facultad de estimar, con arreglo á la equidad y segun la naturaleza particular de cada objeto, qué satisfaccion se debe al demandante.

Hemos expuesto ya detalladamente el orígen, la utilidad y el carácter de las acciones arbitrarias, bajo el sistema del procedimiento formulario. En el procedimiento extraordinario, aunque no se trata de la redaccion de una fórmula, siempre subsiste el carácter constitutivo de la accion arbitraria; el juez designa en esta especie de acciones, despues de haber fallado segun la equidad (*ex æquo et bono*), la satisfaccion que se debe al demandante, dando á la sentencia un *jussus* ó *arbitrum*, es decir, una órden prévia, mandando al demandado dar satisfaccion en un término fijo, y en este caso, si el demandado obedece al *jussus* y da la satisfaccion prescrita, será absuelto; si no, condenado *quanti ea res erit.* Sabemos igualmente que el destino especial y originario de las acciones arbitarias ha sido la persecucion de los derechos reales, de suerte que todas las acciones *in rem*, tanto civiles como pretorianas, son arbitrarias. Cuéntase ademas, entre las acciones *in personam*, como arbitrarias: en las acciones civiles la accion *ad ex exhibendum* y la accion *finium regundorum;* en las acciones pretorianas la accion *quod metus causa*, la accion *de dolo malo*, porque todas cuatro son restitutorias ó exhibitorias; y en fin, tambien la accion *de eo quod certo loco*, que tiene un carácter especial, sobre el cual hay que fijar la atencion. En cuanto á las acciones noxales, que tambien cita nuestro texto, examinarémos en el título que se les ha destinado especialmente, la cuestion de si son ó no todas arbitrarias.

*Quod aut metus causa aut dolo malò factum est:* La accion *quod metus causa* nos es ya conocida por lo que dijimos en los §§ 25 y 27, que preceden. En cuanto á la accion *de dolo malo* no se concede más que cuando no existe ningun otro medio de precaverse contra las consecuencias del dolo. No contiene más que una condena simple, y no se da más que contra el mismo autor del dolo; es infamante, pero no dura más que un año (1).

*Cum id quod certo loco promissum est petitur.* Cuando se ha formulado una obligacion indicando un sitio determinado para el pago, el acreedor no tiene derecho á ser juzgado más que en el sitio indicado. Si, pues, ataca á su deudor en otro sitio para hacerse pagar, excede la medida de su derecho, y como se dice, *loco plus petitur*, hay plus-peticion en razon del lugar. Si la obligacion de que trata se persigue por una accion de buena fe, ó por una accion de derecho estricto que tenga por objeto una cosa indeterminada, y por consiguiente una *intentio incerta*, esta plus-peticion no perjudica al acreedor, porque siendo la demanda de una cosa indeterminada, el juez, libre de determinar el importe de la condena, podrá tomar en consideracion la diferencia de lugar, y disminuir en tanto esta condena; pero si la accion es de derecho estricto y tiene por objeto una cosa cierta (*res certa*), es decir, si se trata de la eleccion de un cuerpo cierto ó de una cantidad fija (*certum dare oportere*), ó en otros términos, si es una accion *condictio certi*, que puede provenir de *un mutuum*, de una estipulacion ó de un legado *per damnationem*, el acreedor, al indicar semejante accion fuera del sitio fijado para el pago, deberá necesariamente perder su pleito, porque no podrá el juez condenar al demandado al objeto cierto que se le pide, puesto que no se debe en dicho caso, ni tomar en cuenta la diferencia de lugar, por ser la accion de derecho estricto con la *intentio certa*. Por consiguiente, el demandado será absuelto y el acreedor habria empleado inútilmente su accion. Para evitar esta pérdida, estará, pues, obligado á circunscribirse estrictamente á los términos de su crédito, y á no reclamar sino en el sitio indicado para el pago. Pero si el deudor tiene cuidado de no presentarse en este sitio, el acreedor no podrá llamarle *in jus*, puesto que esta *vocatio* no tiene lugar

---

(1) Despues de este año ya no hay contra él más que una accion *in factum* hasta el importe del tanto en que se ha enriquecido, como cuando se ataca á los herederos, contra los cuales nunca es infamante la accion. Dig. 4. 3. 29. Paul. y 1. § 17. Ulp.—Ibid. 26. Gay.—Ibid. 28. Gay

nunca contra una persona ausente, y no le quedarian más que los recursos pretorianos contra el deudor que se oculta.

Por otro lado, y prescindiendo de esta consideracion, puede ser útil para ambas partes que la demanda y el pago se hagan en otro paraje que el sitio indicado, con tal que se tome en cuenta la diferencia de lugar. El pretor ha llegado á proveer á todas estas necesidades, haciendo sufrir en este caso á la *condictio certi* una modificacion que permite al acreedor intentarla en otro sitio distinto que el prefijado para el pago. Esta modificacion consiste conservando al mismo tiempo á la *condictio certi* su *intentio certa:* 1.°, en hacerla arbitraria, subordinando la condena al caso que el demandado no diese satisfaccion; 2.°, en hacer esta condena, si ha de tener lugar, indeterminada (*incerta*), á fin de que el juez pueda tomar en consideracion la diferencia de lugar, y fijar en consecuencia segun la equidad (*ex æquo et bono*), el importe de la sentencia. Tal es la accion designada con el nombre de *actio de eo quod certo loco.* Puede conjeturarse con Zimmern, que estaba concebida en estos términos: « *Judex esto: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit, quanti ea res erit condemna.* » Desde luégo se ve que ofrecé estas particularidades: 1.°, que la *intentio* en ella es de derecho civil y de cosa cierta como en la *condictio certi;* 2.°, que lleva la enunciacion de la obligacion indicando el sitio del pago; 3.°, que la cláusula *neque satisfactum erit* la hace arbitraria, puesto que la satisfaccion impedia la condena; 4.°, que esta condena está determinada en ella (*quanti ea res erit*) y dejada al arbitrio del juez. La satisfaccion prévia que él pudiese creer suficiente *ex æquo et bono*, puede ser, ó el pago de la cosa, atendida la diferencia de lugares, ó una caucion de pagar en el lugar indicado (1).

### *De la condena. — Plus-peticion y otros errores en la demanda. — Causas que pueden disminuir el importe de la condena: beneficio de competencia, compensacion, cesion de bienes.*

XXXII. Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, *certæ pecuniæ vel rei* sen-

32. La sentencia del juez debe versar siempre en lo posible sobre *una cantidad determinada de dinero*

(1) Véase sobre todo lo referido á esta accion, pág. 589, con los textos indicados en la nota 5.

tentiam ferat, etiam si de incerta quantitati apud eum actum est.

ó sobre una *cosa cierta*, áun cuando la accion hubiera tenido por objeto una cosa indeterminada.

El principio que ya hemos enunciado, de que la condena, bajo el sistema del juicio extraordinario, puede ser no sólo de una suma pecuniaria cierta (*certæ pecuniæ*), sino tambien de cualquiera otra cosa determinada (*vel rei*), que puede de este modo llenar directamente el objeto de la demanda, se encuentra formalmente enunciado con estas expresiones de nuestro párrafo: « *Certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat.* »

XXXIII. Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa sucurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur: veluti, si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, qui efficiebant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis, pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit: qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine

33. Si un demandante comprendia en la *intentio* más de lo que se le debia, decaia, es decir, perdia su derecho, y difícilmente era restituido por el pretor, en siendo menor de veinte y cinco años. A este menor se le concedia, en efecto, el recurso pretoriano con conocimiento de causa, en este caso como en todos los en que hubiese errado á causa de su juventud. Con todo, áun el mayor de veinte y cinco años obtenia este socorro cuando habia intervenido una causa tan poderosa de legítimo error, que el hombre más infalible hubiese incurrido en él. Por ejemplo, si un legatario pide la totalidad de un legado, y en seguida se presentan codicilos revocando este legado, ó haciendo donaciones tan crecidas que, teniendo lugar la reduccion de la ley Falcidia, se encuentra este legatario con que ha perdido más de las tres cuartas partes. Por lo demas la plus-peticion puede hacerse de cuatro modos: con relacion á la cosa, al tiempo, al lugar y á la causa. Con relacion á la cosa, si, por ejemplo, uno, en lugar de diez áureos que se le deben, pide veinte, ó si, propietario de una parte, reclama el todo ó una parte mayor. Con relacion al tiempo, por ejemplo, si uno pide ántes del plazo ó de la condicion; de la misma manera que pagar más tarde es pagar ménos de lo que se debe, así pedir más pronto, es pedir más de lo debido. Con relacion al lugar, si, por ejemplo, habiendo estipulado alguno un pago en un sitio determina-

commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia, si is qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? Romæ pure intendat sibi dare oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solvere: quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fænerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur: HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit; adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa, talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat, aut generaliter hominem stipulatus, specialiter campanum petat, aut generaliter

do, lo pide en otra parte sin mencionar el lugar designado: como si habiendo hecho esta estipulacion: ¿PROMETES DARME EN EFESO? formula en Roma pura y simplemente la pretension de lo que se le ha de dar: en efecto, esta pretension pura y simple tiende á privar al promitente de la ventaja de pagar en Efeso. Por eso para el que pide en distinto sitio, ofrece el edicto una accion arbitraria, en la cual se toma en cuenta la ventaja que tenía el promitente en pagar en el sitio convenido; ventaja, por lo comun, considerable, sobre todo respecto á los géneros, como el vino, el aceite, el trigo, cuyo precio varía segun las localidades. El dinero mismo no produce en todas partes el mismo interes. Pero si el acreedor pide en Efeso, es decir, en el sitio en que el deudor prometia pagar, formulada su accion, y simplemente, está en su lugar, como lo indica el pretor mismo, porque en este caso el deudor conserva todas sus ventajas. A esta plus-peticion con relacion al lugar se asemeja mucho la plus-peticion con relacion á la causa; por ejemplo, si habiendo uno estipulado así: ¿PROMETES DARME EL ESCLAVO TICIO, Ó DIEZ ÁUREOS? pide solamente una de las dos cosas, el esclavo solo, ó solo los diez áureos; aquí hay plus-peticion, porque en esta especie de estipulacion tiene el promitente la eleccion de lo que le agrada más pagar, ya la cantidad, ya el esclavo; y al pretender que se le debe dar la suma sola, ó el esclavo solo, el demandante quita la eleccion al demandado, haciendo mejor su condicion, y peor la de su adversario. Existe tambien para este caso una accion en que el demandante pretende que debe dársele el esclavo Stico ó diez sueldos de oro, es decir, forma su demanda en los mismos términos de su estipulacion. Hay tambien plus-peticion por parte del que habiendo estipulado un esclavo, vino, púrpura en general, pide especialmente el esclavo Stico, vino de Campania, púrpura de Tyro, porque quita la eleccion á su adversario, libre, segun la estipulacion,

purpuram stipulatus sit, deinde specialiter tyriam petat, plus petere intelligitur; quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. — Sed hæc quidem antea in usu fuerant: postea autem lex Zenoniana et nostra rem coercuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, statui oportet quod Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, omne si quod forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

de pagar otra cosa que lo que se le pide. Y áun cuando el objeto pedido fuese el más inferior en valor, no dejaria por esto de haber plus-peticion, porque muchas veces le es más fácil al promitente dar en pago una cosa de un precio más alto. Todo lo que acabamos de decir tenía lugar ántes; pero este rigor ha sido templado por la ley de Zenon y por la nuestra. Cuando haya plus-peticion respecto al tiempo, deben decidirse con arreglo á la Constitucion de Zenon, de gloriosa memoria. En cuanto á la plus-peticion con relacion á la cantidad, ó de cualquiera otra manera, si de ella ha resultado un daño cualquiera para aquel contra quien ha tenido lugar, como el aumento de los derechos de los porteros, el que ha hecho esta plus peticion será condenado, como dijimos más arriba, en el triple de este daño.

Este párrafo y los dos siguientes tratan de las consecuencias que pueden producir los errores cometidos por el demandante en su demanda, y especialmente de la plus-peticion (*plus-petitio* ó *pluris-petitio*) (1).

Bajo el sistema formulario, circunscrito el juez, en cuanto á su mision y á su poder, á los términos mismos de la fórmula, debia, si no se justificaba la *intentio* del demandante, absolver al demandado, pues tal era la órden que le daba la fórmula: «SI PARET..... CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.» Si pues el demandante habia pedido en su *intentio*, por un método cualquiera, más de lo que se le debia, esta *intentio* se hallaba no justificada, y el juez no tenía derecho de distinguir si habia alguna parte de cierto al lado de la pretension falsa, porque la condicion que se le imponia en la fórmula para la sentencia que debia dar era terminante: «SI PARET....., SI NON PARET....., etc.» En este caso debia, pues, absolver al demandado; y desde entónces, habiéndose extinguido el derecho deducido *in judicium*, ya *ipso jure* por la novacion judicial, ya *exceptionis ope* segun los casos, el demandante se hallaba decaído de toda accion (*causa cadebat*). Tal era el efecto de la

(1) Cod. 3. 10. *De plus-petitionibus.*

plus-peticion, segun las consecuencias forzosas de los principios del procedimiento formulario.

Pero es preciso advertir que si la fórmula por que se obra es una fórmula *incerta*, en que la *intentio* no es de un objeto cierto, sino en que se pide solamente QUIDQUID PARET..... etc., QUANTI EA RES ERIT..... etc., es imposible que haya plus-peticion, puesto que el demandante no pide más que lo que se estime justo (1).

Podia suceder que el error, en vez de estar en la *intentio*, se hallase en cualquiera otra parte de la fórmula, á saber: en la *demonstratio* ó en la *condemnatio*. No tendrá los efectos del error en la *intentio*, porque la *intentio* sólo forma la condicion de la sentencia que se ha de pronunciar. El exceso en la *demonstratio* no perjudicaria al demandante, y quedaria sin resultado, á ménos que no se tratase de una de esas acciones en que la *intentio* y la *demonstratio* están refundidas y no forman más que una. En cuanto al exceso en la *condemnatio*, sin consecuencia contra el demandante, sólo podria perjudicar al demandado; pero éste tendria el derecho de obtener por medio de una restitucion *in integrum* la rectificacion de esta parte de la fórmula.

Tales son, en suma, en el procedimiento formulario, los principios sobre la plus-peticion, que hallamos cuidadosamente desenvueltos en las Instituciones de Gayo (2).

Pero en el procedimiento extraordinario, en que se han confundido la mision del magistrado y la del juez, en que el juez no está ya circunscrito á los términos de una fórmula, habiéndosele concedido más latitud, estas consecuencias de la plus-peticion dejaban de ser lógicas; y como eran de un rigor inicuo, se modificaron.

Segun una constitucion del emperador Zenon, que cita nuestro texto, el que demanda ántes de tiempo sufrirá un plazo doble del primitivo, sin poder reclamar los intereses vencidos en el intervalo, y con obligacion, si quiere rehusar la accion, de reembolsar al demandado todos los gastos ocasionados por la primera instancia (3).

Segun Justiniano, cualquiera otra plus-peticion se reprime por la obligacion impuesta al demandante de pagar al demandado el

---

(1) Gay. Com. 4. § 54.

(2) Gay. Com. 4. §§ 53 á 60; y especialmente § 57 para el error en la *condemnatio*; §§ 58 y sig. para el error en la *demonstratio*.

(3) Cod. 3. 10. *De plus-petitionibus*, 1. const. de Zenon, y 2. pr. const. de Justinian.

triple de los daños causados á éste por la exageracion de la demanda, especialmente el triple del exceso de derechos que haya tenido que dar á los *executores* ó porteros (1).

En esta época, por lo demas, en que no se trata ya de *intentio* ni de otras partes de la fórmula, se entiende por plus-peticion toda exageracion en la demanda, formulada por el *libellus conventionis* (2).

Nuestro párrafo explica suficientemente cómo puede verificarse la plus-peticion respecto de los cuatro casos : *re*, *tempore*, *loco*, *causa*, y no añadirémos ningun comentario á lo que dice el texto.

Es preciso recordar que la accion arbitraria *de eo quod certo loco* fué introducida precisamente para evitar la caducidad de la plus-peticion en razon del lugar.

En cuanto á la plus-peticion en razon de la existencia de una condicion, parece haber sido objeto de una controversia entre los jurisconsultos, y las huellas de esta controversia han quedado todavía en el Digesto de Justiniano. Así se encuentran textos que dicen que los que obran ántes del vencimiento de la condicion obran irregularmente, y sin embargo, pueden volver á intentar las acciones despues del éxito de la condicion (3), pudiendo interpretarlas en el sentido, no de que las consecuencias de la plus-peticion sean aplicables á los créditos condicionales, sino sólo que habiendo querido aquéllos proceder ántes del cumplimiento de la condicion, han renunciado en seguida ante el pretor á su proyecto, porque éste les ha hecho notar la irregularidad de su pretension, y que pueden venir luégo á pedir accion despues del cumplimiento de la condicion (4).

XXXIV. Si minus in intentione complexus fuerit actor quam ad eum pertineat; veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilomi-

34. Si en la *intentio* comprende el demandante ménos de lo que se le debe, por ejemplo, si debiéndosele diez áureos, ha hecho poner en la *intentio* que sólo se le debian dar cinco, ó si, propietario de un fundo entero, no ha reclamado como suyo más de la mitad, no corre ningun peligro; pues el juez no debe dejar por eso de condenar á su adversario

(1) Ibid. 2. § 2. const. de Justinian.
(2) Ibid. 2. § 2.
(3) Dig. 22. 1. 13. § 5. Scev. — 21. 1. 43. § 9. Paul. — Ibid. 46. 3. 36. Jul.
(4) Inst. 4. 13. § 10.

nus judex adversarium in eodem judicio condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

en el exceso, segun los términos de una constitucion de Zenon, de gloriosa memoria.

Antiguamente, cuando el demandante pedia ménos de lo que se le debia, no habia extinguido su derecho sino hasta donde llegaba lo que habia pedido; y obtenia una nueva accion por lo restante, con tal que no la pidiese durante la misma pretura (1); *periculum* indicaba entónces el peligro de perder su accion; pero en tiempo de Justiniano, *sine periculo agit* significa que el demandante no tendria ya necesidad de intentar una nueva accion para conseguir el resto.

XXXV. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigeri ei permittimus: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

35. Si alguno pide una cosa por otra, no corre ningun peligro, sino que, reconocido su error, podrá repararse en la misma instancia; como si el que tiene el derecho de demandar á Stico ha demandado á Erotes, ó teniendo facultad de proceder por una estipulacion, ha procedido en virtud de un testamento.

Antes, cuando se pedia una cosa por otra, se perdia el pleito; pero se podia, por una nueva accion, pedir la cosa debida sin temer la excepcion de la cosa juzgada, y esto áun durante la misma pretura. Despues de haber procedido por una parte sola de lo que se debia, se podia todavía reclamar por la otra parte, pero con tal que fuese bajo otra pretura, sin lo cual sería rechazada por la excepcion *litis dividuæ* (2).

XXXVI. Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur; sed modo solidum consequimur, modo minus; ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur, si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

36. Hay ademas acciones en las que obtenemos, ya todo lo debido, ya ménos; por ejemplo, cuando procedemos contra el peculio de un hijo; pues si en este peculio hay tanto como pedimos, el dueño ó el padre son condenados en el todo; pero si no, sólo lo son hasta donde alcance. En cuanto al modo de valuar el peculio, ya lo expondrémos en su lugar.

---

(1) Gay. Com. 4. § 56.
(2) Gay- Com. 4. § 56.

XXXVII. Item, si de dote judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur;* nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

37. Cuando la mujer procede por la accion de dote, tampoco el marido debe ser condenado sino en lo que puede pagar; es decir, en tanto como su fortuna permita: si, pues, son suficientes sus bienes para cubrir el valor de la dote, es condenado á la totalidad; si no, en lo que pueda. *Sólo que ciertas reservas disminuyen la reclamacion dotal:* así, los gastos hechos en las cosas dotales pueden retenerse por el marido, porque la dote se disminuye *ipso jure* por los gastos necesarios, como puede verse con más extension en los libros del Digesto.

Hay ciertos casos en que el demandado no debe ser condenado en más que en lo que sus facultades le permitan: *in id quod facere potest*, es decir, hasta donde alcance el valor de su patrimonio (1), á lo cual añadió la jurisprudencia que se dejase al deudor lo bastante para no ser reducido á una completa miseria: «*ne ageant*» (2). Sabemos que el deudor hacía valer esta ventaja bajo la forma de una excepcion enteramente particular, por medio de la cual se limitaba la *condemnatio* á *duntaxat in id quod facere potest;* y que, en consecuencia, dan los textos á esta ventaja el título de excepcion *quod facere potest*, que los comentadores designan con el nombre, bastante bárbaro, de beneficios de competencia (*beneficium competentiæ*).

Compete este beneficio: á los ascendientes perseguidos por sus descendientes; á los hermanos entre sí; al patrono ó su mujer, sus hijos y ascendientes, demandados por un liberto; á los cónyuges entre sí; á los socios, procediendo uno contra otro por la accion *pro socio;* al donante atacado por el donatario en cumplimiento de la donacion; al que ha hecho cesion de bienes, y á otros varios. Es personal, y no trasmisible á los herederos. Las Instituciones, en nuestro párrafo y el siguiente, enumeran los principales de estos casos.

Respecto á la accion entre esposos, nuestro párrafo no habla más que de la reclamacion de la dote; pero este beneficio se generalizó en tiempo de Antonino Pío, extendiéndose á todo cré-

(1) Dig. 42. 1. *De re judicata*, leyes 16 á 21.
(2) Dig. 50. 17. *De regul. juris.* 173. pr. f. Paul.

dito entre marido y mujer, salvos los que resultan de delitos (1).

*Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur :* Cuando la dote es en dinero, no está obligado el marido á devolver la dote sino deducidos los gastos necesarios, porque la dote pecuniaria se disminuye *ipso jure* por estos gastos. Si la restitucion de la dote no ha de hacerse en metálico, no puede hacer la deduccion, sino sólo retener la dote hasta ser reembolsado. Al limitar Justiniano la reduccion ó la retencion al caso de impensas necesarias, suprimió las demas retenciones que existian ántes (2).

Respecto á los gastos útiles, tenía tambien el marido antiguamente un derecho de reserva, con tal que no se hubiesen hecho contra la voluntad de la mujer (3); pero Justiniano suprimió este derecho de reserva, y sólo concedió al marido, para la indemnizacion de estos gastos, la accion de mandato ó de gestion de negocios (4).—En cuanto á las mejoras voluntarias, el marido no tiene más que el *jus tollendi*, es decir, el derecho de volver á tomar todo lo que pueda útilmente.

XXXVIII. Sed et si quis cum parente suo patroneve agat; item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facére potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.

38. El que demanda á un ascendiente, su patrono ó su asociado por la accion de sociedad, no consigue nada más de lo que puede hacer su adversario, y lo mismo cuando un donante es atacado en cumplimiento de su donacion.

El beneficio concedido al donante tiene de particular que el patrimonio se estima, deducidas las deudas de aquél para con otros acreedores, á fin de que el donatario no se aproveche de la liberalidad del mismo sino despues de pagadas las deudas : «*In quantum facere potest condemnatur : et quidem is solus deducto ære alieno*» (5).

XXXIX. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debebatur. Namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare

39. Las compensaciones opuestas por el demandado son causa tambien muchas veces de que el demandante obtenga ménos de lo que se le debe: porque teniendo en cuenta el juez lo que por su parte debe el deman-

---

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 20. f. Modest.
(2) Ulp. Reg. 6. 9. y sig.
(3) Dig. 50. 16. 79. § 1. Paul.—Ibid. 25. 1. 7. § 1. Ulp.
(4) Cod. 5. 13. Un. § 1.
(5) Dig. 42. 1. *De re judic.* 19. § 1. f. Paul.

oportet, judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.

dante en virtud de la misma causa, no condena al demandado más que en el resto, como ya hemos dicho.

Cuando dos personas se encuentran á la vez deudoras y acreedoras la una de la otra de cosas exigibles de la misma naturaleza, y pudiendo reemplazarse una por otra, en vez de obligar á estas partes á pagarse alternativamente, recibiendo así en una mano lo que han pagado con la otra, es mucho más cómodo, más útil para ambas partes, y por tanto más razonable, simplificar la operacion, y haciendo entre las deudas y los créditos respectivos un balance recíproco, no obligar más que al pago de la diferencia á aquella de las dos partes que se encuentre en descubierto. Este balance recíproco se llama compensacion (*pendere cum*, pesarlos ó compensar). Modestino la define así : « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* », la contribucion entre la deuda y el crédito, ó la imputacion recíproca de la una sobre la otra (1), indicándonos Pomponio su utilidad y fundamento en estos términos : « *Ideo compensatio necesaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* » : nos es más ventajoso á ambos no pagar que volver á pedir lo que hemos pagado (2).

Sin embargo, en los principios del derecho romano la compensacion no era una causa de extincion de obligaciones ; era una cosa de comodidad y de equidad entre las partes, pero no un acontecimiento que pudiese disolver los vínculos respectivos de derecho que se habian formado entre ellas. Tampoco la hemos visto figurar, ni áun en las Instituciones de Justiniano, en el número de los modos de disolucion. Con todo, con el tiempo han progresado las reglas sobre la materia en la jurisprudencia y la legislacion romana, y se han modificado de suerte, especialmente el sistema legislativo de Justiniano, que no pueden leerse con seguridad los antiguos textos insertos con este motivo en el Digesto de este Emperador : tantas alteraciones han debido sufrir para acomodarse al sistema entónces vigente (3). Sólo la historia puede hacer comprender el carácter y la marcha de las ideas en esta materia.

Bajo el sistema formulario, en las acciones de buena fe, por ejemplo, en una accion *empti* ó *venditi*, *locati* ó *conducti*, *pro socio*,

(1) Dig. 16. 2. *De compensationibus*. 1. f. Modestin.
(2) Ibid. 3. f. Pompon.
(3) Dig. 16. 2. y Cod. 4. 31. *De compensationibus*.

*mandati* y otras semejantes, estando encargado el juez de apreciar *ex æquo et bono* lo que debia el demandado, y de condenarle en consecuencia; siendo por otra parte el hecho invocado como causa de la obligacion de tal naturaleza que produzca compromisos de una y otra parte (*ultro citroque*), parecia contrario á la equidad condenar al demandado á todo el importe de su obligacion, miéntras que el demandante le debiese por su parte alguna cosa como consecuencia del mismo hecho (*ex eadem causa*); y por tanto se adoptó que entrase en el oficio del juez, en caso de apreciar las obligaciones recíprocas de las partes, verificar la compensacion y no condenar al demandado más que al pago del exceso, si le habia. Esto debió suceder, no sólo cuando cada una de las obligaciones recíprocas tenía por objeto cosas de la misma naturaleza y que podian reemplazarse la una con la otra, por ejemplo, dinero, vino, trigo, sino áun cuando el objeto era enteramente distinto, como en la venta, el arrendamiento, el comodato, y esto por una razon muy sencilla, á saber : que en el sistema formulario, siendo toda condena pecuniaria, cualquiera obligacion se reducia siempre por el juez á una apreciacion en dinero, y sobre esto debia versar la compensacion. De este poder del juez hablaban los juriconsultos romanos cuando decian que la compensacion, en las acciones de buena fe y para las obligaciones procedentes *ex eadem causa*, tenía lugar *ipso jure*, es decir, *ex officio judicis*, sin que fuese necesario que las partes obtuviesen para ello el derecho del pretor, ni que la fórmula confiriese el poder especial al juez (1). Pero si el juez no lo habia hecho, subsiste siempre la accion primitiva para hacerse pagar el crédito no compensado, porque la compensacion, áun en los casos de acciones de buena fe, no era más que una consecuencia del procedimiento, y no un verdadero medio de extincion de obligaciones (2).

Una materia especial recibió sobre esto reglas enteramente distintas. Cuando el *argentarius*, que comerciaba en dinero y que tenía con sus clientes cuentas corrientes de créditos y de deudas, queria proceder contra uno de ellos para hacerse pagar de lo que se le debia, se veia obligado á arreglar por sí mismo la cuenta, á

---

(1) Gay. Com. 4. §§ 61 y 63.—Dig. 16. 2. *De compensat.* 21. f. Paul.

(2) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 8. § 2. f. Ulp. y 27. 4. *De contrar. tut. act.* 1. § 4. f. Ulp., en que se trata precisamente de las acciones de buena fe.—16. 2. *De compens.* 7. § 1. f. Ulp.

verificar el balance, la compensacion, y á no demandar á aquel con quien tenía cuenta más que en la diferencia de que resultaba éste deudor. Si en su *intentio* le pedia un solo escudo de más (*uno nummo*), habia por su parte plus-peticion, y en consecuencia perdia su pleito y su accion (*causa cadit et ob id rem perdit*). Hé aquí un caso enteramente excepcional, en que la compensacion toma un carácter especial y muy notable : puede decirse que aquí extingue en cierto modo la obligacion, pues que hay caducacion por plus-peticion contra el *argentarius* que ha pedido más de la diferencia en su favor. Tambien exigian los romanos para esta especie de compensacion excepcional, no sólo que las deudas y créditos recíprocos entre el *argentarius* y su cliente fuesen todos exigibles, sino tambien que tuviesen por objeto cosas del mismo género, de la misma naturaleza, y que pudiesen reemplazarse una por otra : como dinero por dinero, vino por vino, trigo por trigo. Algunos jurisconsultos pretendian que el vino y el trigo debian ser de la misma calidad (1).

En fin, la jurisprudencia admitió como principio general que habia dolo por una de las partes en pedir lo que se creia obligado á devolver al instante: «*Dolo facit qui petit quod redditurus est*» (2). En su consecuencia, en las acciones de derecho estricto que proceden todas de obligaciones unilaterales, cuando el demandante era por cualquiera otra causa (*ex dispari causa*) deudor de aquel á quien demandaba, se introdujo la práctica de pedir y de obtener del pretor contra él, en la redaccion de la fórmula, la excepcion de dolo, fundada en que hubiera debido verificar la compensacion y no demandar más que por el resto. Este medio de defensa no fué concedido al principio más que segun las circunstancias; pero un rescripto de Marco Aurelio le estableció como regla legislativa (3) ; y por medio de esta excepcion de dolo se puede hacer válida la compensacion áun en las acciones de derecho estricto, y por consecuencia, *ex dispari causa*.

¿Pero cuál era el efecto de la compensacion opuesta de este modo al medio de la excepcion de dolo? ¿Era el de dar al juez,

(1) Gay. Com. 4. §§ 64 al 68.—Nada dirémos de la *deductio*, de que trata Gayo en los mismos párrafos, y que compara á la *compensatio*, porque este detalle complicaria y oscureceria inútilmente nuestras explicaciones.

(2) Dig. 44. 4. *De doli mali excep*. 8. f. Paul. — 50. 17. *De regul. jur*. 173. § 3. f. Paul.

(3) Anteriormente, § 30.

como en las acciones de buena fe, el poder de hacer el balance entre las deudas y los créditos respectivos, y de no condenar al demandado más que en el exceso? Debemos confesar que esta opinion es la más generalmente seguida, por ser la más sencilla y la que está más de acuerdo con nuestras ideas actuales. Con todo, si se examina la compensacion en su orígen, bajo el régimen formulario en que nació, y segun las nuevas luces que puede suministrarnos el manuscrito de Gayo, nos parece imposible admitir esta opinion; estamos convencidos de que es preciso rechazarla como inexacta, como que transfiere á la compensacion del régimen formulario lo que no tuvo lugar sino más tarde, por las innovaciones de Justiniano.

En efecto, la compensacion de que nos ocupamos, es decir, la que tenía lugar en las acciones de derecho estricto, se habia hecho valer por una excepcion de dolo. ¿Y cuál era el efecto de esta excepcion cuando se justificaba? Absolver al demandado: la fórmula nos es bien conocida: «... SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT... CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE.»

Aquí la alternativa es únicamente de condenar ó absolver. Sucederia absolutamente lo mismo si en lugar de redactar la excepcion bajo la calificacion de dolo, el pretor, en consideracion al demandante, la ha concebido *in factum*: la alternativa no varía: condenar ó absolver. Sería preciso echar por tierra todas nuestras ideas sobre las excepciones en derecho romano; necesitariamos encontrar una fórmula enteramente distinta de las que conocemos, para hacernos concebir que pudiese tener por efecto dar al juez, en una accion de derecho estricto, la mision de hacer un balance y de no condenar más que en lo justo.

Es verdad que ciertas excepciones ó partes accesorias de la fórmula podian tener este efecto. Tal es el caso de los tres párrafos precedentes, es decir, el caso de la condena hasta donde alcancen los bienes, y de lo que ha redundado en beneficio del dueño; y el caso de la condena *in quantum facere potest;* pero entónces no se pone esta restriccion á la pretension del demandante, ó *intentio*, sino á la *condemnatio;* el pretor no hace una condicion de la condena si NON... SI NIHIL... etc.; hace una reduccion del importe de esta condena, una especie de tasa. DUNTAXAT *de peculio et de eo quod in rem versum est...* ó DUNTAXAT *in id quod facere potest*

CONDEMNA. Y la excepcion de dolo, ó la excepcion *in factum composita*, no es de esta naturaleza ni tiene estos términos. Los romanos tenian, en ciertos casos enteramente especiales, una restriccion de este género, que disminuia sólo el importe de la condena, y que tenía mucha analogía con la compensacion, que en la *deductio* nos ha dado á conocer Gayo. Pero precisamente Gayo la compara á la compensacion para distinguirla bien de ella; traza el paralelo, y entre otras diferencias notables señala ésta: que la compensacion se coloca en la *intentio*, de donde se sigue que lleva consigo caducidad por plus-peticion si la demanda excede en un solo áureo al alcance; al paso que la deduccion se coloca en la *condemnatio*, de donde se sigue que no hace correr ningun peligro de caducidad (1).

Tenemos, pues, por cierto que haciéndose valer la compensacion en las acciones de derecho estricto por medio de una excepcion de dolo, ó por lo ménos en virtud de una excepcion *in factum composita*, sigue las reglas ordinarias de estas excepciones; luégo el efecto constante de semejante excepcion, cuando se justifica, es hacer absolver al demandado, la cual lleva consigo la caducidad de toda accion ulterior para el demandante. Tal será, pues, el resultado de la excepcion de dolo opuesta por causa de compensacion, de suerte que si quiere evitar el demandante esta caducidad, se verá obligado á hacer como el *argentarius*, es decir, á hacer por sí mismo la compensacion, y á no demandar más que por la diferencia, ó por lo ménos á admitir esta compensacion desde el momento que se pida ante el pretor, y reducir en consecuencia su peticion ántes de la *litis-contestatio* (2). Yo creo que hubiera po-

(1) Gay. 4. § 68: «Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenda periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.»

(2) Es lo que dice bien claro el fragmento de las sentencias de Paulo: «Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admititur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu; compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis.» (Paul. Sent. 2. 5. § 3) — Los antiguos comentadores no pudiendo entender este fragmento han dicho que estaba alterado, que es lo que dicen aún los comentadores modernos que siguen la antigua opinion sobre los efectos de la compensacion opuesta por excepcion de dolo, suponiendo que se trataba especialmente en este fragmento del *argentarius*, que una raspadura habria hecho desaparecer. Pero ni la historia, ni el contexto, ni la redaccion general de este fragmento se prestan á la suposicion de semejante alteracion. Puede citarse la opinion contraria á la que exponemos, á Teófilo, el cual es cierto que en la paráfrasis del § 20 dice positivamente que la excepcion de compensacion da al juez la facultad de hacer la com-

dido tambien evitar todo peligro incluyendo en su demanda una *præscriptio* que la hubiera reducido á lo que no estaba compensado, de suerte que el juez se hallaria entónces revestido del poder de hacer esta compensacion.

Por esto se ve claramente que la excepcion de dolo por causa de compensacion ha sido un medio de hacer extensivas á toda persona las reglas especiales admitidas para el *argentarius*. El balance que el *argentarius* estaba obligado directamente á hacer, á fin de evitar la caducidad por la plus-peticion, fué igualmente obligado á hacerle todo el mundo, ó por lo ménos á proponerle por medio de una *præscriptio* para evitar la caducidad por justificarse la excepcion de dolo. La marcha histórica es sencilla y muy natural.

Pero de que este resultado no se consiga por el demandado más que por medio de una excepcion, se sigue forzosamente que al principio la compensacion no extinguia las obligaciones, sino que cada una de ellas subsistia con las acciones que se les habian adjudicado; y si se daba ademas la *condictio indebiti* al que habia pagado por error una deuda que habia podido compensar (1), era porque la *condictio indebiti* se concedia al que habia cumplido por error una obligacion, contra lo cual hubiera podido defenderse con una excepcion perpétua (2). — Sin embargo, desde el momento

pensacion y de no condenar más que al resto; pero me parece indudablemente que Teófilo se engaña, tomando lo que sucedia en su tiempo por lo que tenia lugar antiguamente. — Yo no sé si se creerá poder alegar tambien el texto de las Instituciones, § 36: « Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimus: sed modo solidum consequimur, modo minus.» Semejantes argumentos son bien pobres y casi judáicos, y hasta aquí se volverian contra la opinion que rechazamos. El texto no dice en efecto: « Hay ciertas acciones en las cuales *obtenemos* ménos de lo que se nos debe.» « Hay ciertas acciones *por las cuales perseguimos* (*persequemus*) ménos de lo que se nos debe.» Por lo demas, damos poca importancia á semejantes argumentos. Es cierto que en las acciones *de peculio, in id quod facere potest*, y en las de buena fe en que há lugar á la compensacion, lo que se disminuye es la condena; al paso que en la compensacion del *argentarius*, y segun nuestra opinion, en la de las acciones de derecho estricto debe serlo la demanda para evitar la caducidad; pero, en suma, tanto en las unas como en las otras, ya por la disminucion de la condena, ya por el temor ó por el efecto de la caducidad, es lo cierto que conseguimos ménos de lo que se nos debe. Por otra parte ese texto está sacado, segun todas las probabilidades, de Gayo, y Gayo coloca en él despues de la compensacion de las acciones de buena fe, la del *argentarius*, por la cual no se negará que la disminucion ni tiene lugar en la demanda, al paso que es muy notable no diga nada absolutamente de la compensacion opuesta al medio de la excepcion de dolo; en las acciones de derecho estricto no habla de ella ni como disminuyendo la peticion, ni áun disminuyendo la condena (Gay. 4. §§ 61 y sig.), sin duda porque está comprendida únicamente en las reglas generales de las excepciones. En suma, los efectos de la excepcion de dolo en general, concebido, ya *in jus*, ya *in factum*, son incontestables. Y si se les aplica á la compensacion, esta simple aplicacion arroja tanta luz, y disipa tantas dudas inexplicables, que al instante se conoce la verdad.

(1) D. 16. 2. *De compensat.* 10. § 1. f. de Ulp.

(2) D. 12. 6. *De condict. indeb.* 26. § 3. f. de Ulp.

en que se admitia la compensacion, áun por medio de la excepcion, se le daba un efecto retroactivo, se referian sus efectos al instante mismo en que los dos créditos recíprocos habian empezado á existir juntos, y calculando sobre este momento, estaba obligado el demandante á hacer su balance y á determinar su exceso para evitar las consecuencias do la excepcion de dolo. En este sentido dice un rescripto del emperador Alejandro que la compensacion produce sus efectos *ipso jure ex eo tempore ex quo ob utraque parte debetur* (1). Se ve que esta expresion *ipso jure* puede inducir á error sobre la materia. Como respecto sólo de las acciones de buena fe y de la accion del *argentarius*, puede significar que la compensacion produce sus efectos directamente sin intervencion del magistrado, tambien significa que la compensacion, para todos los casos en que tiene lugar, y de cualquier modo que haya sido admitida, tiene su efecto retroactivo y produce sus resultados desde el momento mismo de la coexistencia de ambos créditos sin intervencion de persona en este momento.

En suma, es preciso distinguir bajo el sistema formulario, tres especies distintas de compensacion.

1.° La compensacion de las acciones de buena fe que tienen lugar sin intervencion del magistrado ni concesion especial para las obligaciones procedentes de la misma causa (*ex eadem causa*), áun de objetos distintos (*ex dispari specie*), y cuyo efecto es dar al juez el poder de no condenar al demandado sino al pago del resto.

2.° La compensacion de las acciones del *argentarius*, que debe hacerse por el *argentarius* mismo, que tiene lugar para las obligaciones procedentes de causas distintas (*ex dispari causa*), para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie*), y cuyo efecto es hacer decaer por causa de plus-peticion al *argentarius* que ha descuidado hacerlo por sí mismo en la demanda.

3.° La compensacion en las acciones de derecho estricto, intentada por cualquiera : que no se opone más que por medio de una excepcion de dolo, que tiene lugar igualmente para obligaciones procedentes de causas distintas, y para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie et dispari causa*), y cuyo efecto es hacer decaer, justificada la excepcion de dolo, al demandante que ha rehusado ántes de la *litis contestatio*, tomada en considera-

(1) C. 4. 31. *De compens.* 4. const de Alej.

cion, ó por lo ménos que no la ha propuesto por una *præscriptio*.

Unas y otras, por lo demas, cuando son admitidas, obran *ipso jure*, es decir, que tienen un efecto retroactivo que se refiere al instante mismo de la coexistencia de los dos créditos recíprocos.

Despues de esta exposicion histórica, es fácil ver que lo que hizo Justiniano fué suprimir la necesidad de la excepcion de dolo, y por consiguiente, generalizar y hacer comun á todos lo que antiguamente tenía lugar especialmente para el *argentarius*. En su consecuencia, como dice Teófilo en su paráfrasis del párrafo 30, los créditos recíprocos se extinguen hasta lo que se debe igualmente por una y otra parte, y no subsiste más obligacion que la del resto. Por otra parte, como á la plus-peticion no acompaña ya caducidad ; como ya no hay fórmula ni excepcion que obtener préviamente del pretor, el mismo juez, bajo este régimen, es el que hace la compensacion si el demandante no lo ha hecho por sí en la demanda, y el que disminuye en tanto la condena. De modo que encontramos aplicadas á la vez las diversas ventajas de lo que tenía lugar, ya en las acciones de buena fe, ya en las acciones de derecho estricto y en el caso de *argentarius*, especie de mezcla que ha hecho frecuentemente la legislacion de Justiniano. Sin embargo, textos que llevan todavía los vestigios de la antigua jurisprudencia se han insertado en el cuerpo del derecho de Justiniano, que vienen á producir oscuridad y á ocasionar equivocaciones en la materia. Así sin razon está todavía en nuestro párrafo la expresion *ex eadem causa*, referente á lo que tenía lugar en otro tiempo en las acciones de buena fe ; pero que carece de aplicacion al sistema de Justiniano, y que en consecuencia ha desaparecido justamente del párrafo 30 que precede.

Al dar el Emperador esta amplitud á la compensacion que se verificaba antiguamente *ex dispari causa et pari specie*, exige ademas que cada uno de los créditos sea cierto (*jure aperto*, dice el párrafo 30 que precede) y líquido (*cum causa liquida*), dice su constitucion en el código (1).

Quiere, ademas, por el respeto de fidelidad debido al depósito, que la compensacion no pueda tener lugar en la accion *depositi* (2). De suerte que aquel, por ejemplo, á quien se ha entregado una

(1) Cod. 4. 31. *De compensat.* 14. § 1. const. de Justinian.
(2) El mismo § 30 y la misma constitucion.

cantidad pecuniaria en depósito, no podia compensarla con igual suma de que se hubiese hecho acreedor contra el depositante.

XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

40. Si el deudor que ha hecho cesion de sus bienes hace en seguida una adquisicion ventajosa, no pueden demandarle sus acreedores por lo que todavía debe, sino hasta donde alcance su patrimonio; pues sería inhumano condenarle por el todo al que se despoja de su fortuna.

Nada añadirémos aquí á lo que ya hemos dicho de la accion de bienes en otro lugar.

## TITULUS VII.

### QUOD CUM EO CONTRACTUM EST, QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur; opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

## TITULO VII.

### DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON PERSONAS SOMETIDAS Á LA POTESTAD AJENA.

Como hemos hecho mencion más arriba de la accion relativa al peculio de los hijos de familia ó de los esclavos, es preciso fijar toda nuestra atencion de un modo más especial sobre esta accion, y otras que se acostumbra á dar contra los padres ó los dueños que ejercen autoridad sobre los hijos ó los esclavos. Y como los actos celebrados con los esclavos ó los hijos de familia dan lugar á la aplicacion de los mismos principios, para evitar las dilaciones, no nos ocuparémos más que de los dueños y de los esclavos, y lo que se diga de éstos entiéndase dicho respecto de los padres y de los hijos; pues si hay alguna cosa particular concerniente á estos últimos, la expondrémos por separado.

Segun el derecho civil, el jefe de la familia no puede obligarse por los actos de los que tiene en su poder, tales como sus hijos de familia y sus esclavos. Sin embargo, no es absoluto este principio, ni en las obligaciones resultantes de los contratos y cuasi-contra-

tos, ni en las que nacen de delitos ó cuasi-delitos, habiendo sido derogado en ciertos puntos, ya por el derecho pretoriano, ya por el mismo derecho civil. El título actual se refiere á los contratos ó cuasi-contratos de los esclavos ó de los hijos de familia, y el título siguiente á sus delitos ó cuasi-delitos.

Para las obligaciones procedentes de contratos ó cuasi-contratos hechos por los esclavos ó por los hijos de familia, ha venido el derecho pretoriano á corregir el rigor del derecho civil, cuando várias acciones, por medio de las cuales el que ha negociado con una persona *alieni juris* puede atacar al jefe de la familia para la ejecucion de las obligaciones que de ellas resultan. Los motivos que sirven de fundamento á estas acciones se reducen en definitiva á dos solamente : 1.°, la órden ó la autorizacion, dadas expresa ó indirectamente por el jefe de la familia; 2.°, el provecho que ha sacado de la operacion de su esclavo ó de su hijo. Si ha mandado ó autorizado el acto, es justo que sufra sus consecuencias ; si ha sacado utilidad, tambien es justo que las sufra, por lo ménos hasta el importe de dicha utilidad. Sobre el primero de estos dos motivos se fundan : la accion *quod jussu*, para el caso en que el jefe de la familia ha dado la órden directa y especial ; las acciones *institoria*, *exercitoria*, *tributoria* y *de peculio*, para el caso en que ha dado una autorizacion general ó indirecta, ya para hacer ciertas operaciones, como cuando ha dedicado á su esclavo á un comercio, al mando de un navío, ya para administrar ciertos bienes, como cuando le ha dejado un peculio. Sobre el segundo de estos dos motivos está basada la accion *de in rem verso*.

Para las obligaciones que nacen de los delitos ó cuasi-delitos de las personas *alieni juris*, ha creado el mismo derecho civil el principio de las acciones que se dan contra el jefe y que se llaman acciones noxales, basadas en esta consideracion, que el jefe debe estar obligado, por lo ménos, hasta el importe de su derecho de propiedad sobre el individuo autor del delito.

Hay que hacer sobre estas diversas acciones la importante advertencia de que, aunque sean denominadas y estén consideradas en los textos como si cada una de ellas formase una accion particular con su existencia propia, sin embargo, en el fondo, la mayor parte de ellas son más bien atributos, cualidades de las diversas acciones, ya civiles, ya pretorianas, á que se aplican. Esto es cierto, especialmente en las acciones *institoria*, *exercitoria*, *de pe-*

*culio* y *de in rem verso*. Por consiguiente, si el esclavo ha hecho con órden de su dueño, ó como su comisionado en el comercio ó en el mando de un buque, una venta, una compra, un arrendamiento, un empréstito, las acciones *empti venditi*, *locati conducti* ó la *condictio certi*, deberán sufrir la modificacion necesaria para transformarse en acciones *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, y producir bajo esta calificacion el mismo resultado que las acciones directas (*in solidum*); ó si no ha habido órden ni comision, deberán darse hasta el importe del peculio y de lo que haya redundado en utilidad del dueño (*de peculio et de in rem verso*). Lo mismo si el esclavo ha cometido un hurto, un robo, una injuria, se dará contra el dueño la accion *furti vi bonorum*, *raptorum*, *injuriarum*, con la cualidad de accion noxal. Los comentadores, aunque no hayan fijado siempre lo bastante el carácter particular de las acciones, las designan, sin embargo, con un nombre genérico, que tiene en sí algo de esta idea; las llaman *actiones adjectitiæ qualitatis*, porque en la denominacion van indicando sus atributos y su calificacion especial.

Este nombre genérico es exótico en derecho romano. — Se llamán tambien acciones indirectas, porque no se dan contra el padre de familia por actos suyos directos y personales, sino por los de las personas que están bajo su potestad.

No conocemos la fórmula precisa de estas diversas acciones, ni la modificacion que el pretor hacía en las directas para transformarlas de modo que pudiesen ser ejercidas contra el dueño por los hechos del esclavo ó del hijo no emancipado. Sin embargo, ha de tenerse presente que en las primeras, es decir, en las acciones *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, la modificacion no debia alcanzar más que á las partes primeras de la fórmula, y no á la *condemnatio*, que debia quedar *in solidum*, como si el dueño mismo hubiera contratado por sí. En las acciones de *peculio et de in rem verso*, como en las acciones noxales, la modificacion recaia sobre la *condemnatio*, que experimentaba, en el primero de estos casos, una restriccion hasta donde alcanzase el peculio, ó lo que hubiese recaido en provecho del señor. *Duntaxat de peculio et de eo quod in rem versum est* CONDEMNA; en las acciones noxales se añadian estas palabras, AUT NOXÆ DEDERE, que dejaban al demandado la eleccion entre el pagar ó hacer entrega del culpable. «*In judicio adiiciam, aut noxam dedere*», dice el pretor para indicar que dará

á la accion el carácter de noxal, v. gr., *Decem aureos aut noxæ dedere* CONDEMNA (1).

I. Si igitur *jussu domini* cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

1. Si alguno ha contratado con un esclavo autorizado por su dueño, el pretor concederá contra éste una accion *in solidum*, porque la otra parte se atiene á la confianza que el amo le inspira.

*Jussu domini.* Por *jussus* debe entenderse una órden anterior al contrato celebrado por el esclavo. Sin embargo, si el amo ratifica lo tratado sin su órden por uno de sus esclavos, tambien podrá ejercerse contra él la accion *quod jussu* (2), porque la ratificacion equivale al mandato. Cuando el esclavo en el trato no ha sido más que un instrumento de su amo, como si al recibir dinero prestado manda que lo cuente su siervo, el pretor no dará la accion *quod jussu*, sino la *condictio* sencillamente, lo mismo que si el amo hubiese recibido la cantidad (3).

II. *Eadem ratione* prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eo ejus rei causa cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit: scilicet, quia

2. *Por la misma razon* concede el pretor dos acciones *in solidum*, llamada la una exercitoria, é institoria la otra. La primera tiene lugar contra el que ha encargado de un buque á su esclavo, cuando éste ha contratado lo necesario á su posicion y circunstancias. Se llama exercitoria de *exercitor* (armador), pues con este nombre es conocido el que percibe las diarias utilidades de un buque, ó le fleta por su cuenta. La accion institoria se ejerce contra el que ha encargado de una tienda ó de un negocio comercial cualquiera á un esclavo, cuando éste contrata objetos relativos al puesto que ocupa. Se llama institoria, porque con el nombre de *institores* se conocian los que se encargaban de comerciar en nombre de otro. El pretor dará estas dos acciones en el caso en que el *institor* sea un hombre libre ó el esclavo de

---

(1) Dig. 9. 3. *De his qui effud.* 1. f. de Ulp. — 47. 2. *De furtis.* 42. pr. f. de Paul. — 42. 1. *De re judic.* 6. § 1. f. de Ulp. — Despues tit. 17. § 1. — Y en otras muchas partes.

(2) Dig. 15. 4. 1. § 6. Ulp. Es verdad que la ley 5. § 2. Dig. 15. 3. parece que dice que en estos casos el acreedor no tendrá más que la accion *in rem verso*; pero debe entenderse el texto en el sentido de que ademas de la *quod jussu* tendrá la *in rem verso*, como lo dice el § 3 de este título. En efecto, ¿para tener la segunda de estas acciones es necesaria la ratificacion?

(3) Dig. 15. 4. 5. pr. Paul.

eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat. | otro, porque median en ambos casos iguales razones de equidad.

*Eadem ratione.* La razon por que el pretor concedia la accion *quod jussu* es que el contrayente de una obligacion con un esclavo, que trataba de órden de su dueño, contrataba como si fuese con el amo. Pues lo mismo sucede en los casos en que tienen lugar las acciones *exercitoria* é *institoria*, porque el dueño ha dado una autorizacion general para todo lo que pueda hacer el esclavo en los negocios respectivos de que está encargado (1). La accion, por consiguiente, se da *in solidum* contra el amo.

Existe una diferencia entre la accion *exercitoria* y la *institoria:* se da la primera contra el armador ó contra su amo, si hubiese fletado el buque con su consentimiento, por las obligaciones contraidas por el capitan nombrado por el dueño del barco, ó por un sustituto, aunque esto se haga sin noticia del amo, ó contra su voluntad ; pero la accion *institoria* no puede ejercerse contra el dueño cuando la obligacion se ha contraido por el sustituto del *institor*, ni contra el *alieni juris*, ni contra el dueño de este último.

*Tabernæ.* Esta palabra significa tienda. Teófilo la reemplaza, en su traduccion, con otra que significa taberna. Para lo que ha querido decir Justiniano, tan indiferente es la una como la otra : ambas aclaran el sentido del período : taberna y tienda son dos establecimientos industriales. La accion exercitoria y la accion institoria no se aplicaron al principio sino en los casos en que mediaban empresas comerciales : para un hecho aislado el pretor concedia, no accion *institoria*, sino una accion análoga ( *ad exemplum institoriæ*) (2). Y esta última accion se aplicó tambien á todos los negocios, aunque no tengan relacion con el comercio (3).

*Etsi liberum quis hominem.* Sabemos que, segun los principios rigurosos del derecho civil romano, el mandatario hacía á nombre suyo los negocios que se le confiaban ; que se obligaba sin contraer obligacion el mandante, y que los contrayentes sólo tenian accion contra él, sin que el mandante pudiese por nada ser demandado. Segun el derecho civil, lo mismo debia suceder en el caso de que un hombre libre se encargase especialmente de ciertas negociacio-

(1) Dig. 14. 1. 1. § 2. Ulp. — 14. 3. 11. § 2. Ulp. — 14. 6. 7. § 11. Ulp.
(2) Cod. 4. 25. 5.
(3) Dig. 14. 3. 19. Papin. — 19. 1. 13. § 25. Ulp. — 17. 1. 10. § 5. Ulp.

nes. Pero el derecho pretoriano, haciendo extensivas á este caso las acciones *institoria* ó *exercitoria*, da un medio de atacar directamente al dueño; y hemos visto cómo extendiendo por analogía y por utilidad esta accion institoria áun al caso de simple mandato, la jurisprudencia ha llegado á dar á los que han tratado con el mandatario accion contra el mandante.

III. Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit: ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

3. El pretor ha introducido otra accion, que se llama tributoria. Si un esclavo emplea su peculio y comercia, sabiéndolo su dueño, y contrae compromisos, por ende decidió el pretor que todos los fondos comerciales y las ganancias se distribuyesen á prorata entre el dueño, si algo se le debe, y los demas acreedores del esclavo. Y como el dueño es el que hace esta distribucion, si uno de los acreedores tiene queja de ella, se le concede contra aquél la accion tributoria.

No se da la accion tributoria sino cuando hay dolo por parte del dueño en la distribucion; y hay dolo luégo que el dueño sabe que uno de los acreedores ha percibido ménos de lo razonable; pero basta que éstos se quejen de la distribucion para que tenga lugar la accion (1).

IV. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem domini versum erit: ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat sive quid non sit in rem ejus versum, id peculium patitur. In rem autem eatenus præstare debeat, quatenus domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem, ut puta, aureis quos ser-

4. Ademas, el pretor ha introducido la accion *de peculio et de in rem verso*. Aunque el esclavo contrate sin consentimiento de su amo, si á éste le han resultado de ello beneficios, está obligado á tanto como recogió de provecho; si no fué el negocio beneficioso, tambien quedará obligado, pero sólo hasta donde alcance el peculio. Se tienen como cosas beneficiosas para el dueño los gastos necesarios é interesantes que hace el esclavo para evitar males ó proporcionar las riquezas á su amo: v. gr., si pidiese dinero prestado y lo emplease en pagar sus acreedores, ó en apuntalar un edificio ruinoso, ó en comprar trigo para su casa, ó un

(1) Dig. 14. 4. 7. §§ 2 y 3. Ulp.

vus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque, quidem in solidum damnari debes; pro ceteris vero quinque, eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim *una est actio* qua de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur ante dispicere solet an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur quantum in peculio sit, *ante deducitur quidquid servus domino, eive qui in potestate ejus sit, debet;* et quo superest id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in hujus ipsius peculio sit: quod eo pertinet ut, si quid *vicario suo* servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

fundo ú otra cosa necesaria. Sirva de aclaracion el siguiente ejemplo: vuestro esclavo pide prestados á Ticio diez áureos, y emplea cinco en pagar á uno de vuestros acreedores, y lo restante en cualquiera cosa; por la accion *in rem verso* estais obligado á responder de los cinco empleados en vuestro beneficio, y de los otros cinco hasta donde alcance el peculio; y si los diez áureos se emplearon de modo que redundaron en provecho tuyo, de los diez debes responder. En efecto, aunque no hay más que una accion de peculio y otra para lo que en utilidad del dueño se contrae, ésta tiene dos condenaciones. Por esto el juez ante quien se interponga deberá examinar desde luégo si lo hecho por el siervo aprovechó á su amo, y no apreciará el peculio sino en el caso de que esto no fuese así, ó de que sólo hubiese aprovechado en parte la operacion al dueño. Cuando el juez aprecie el valor del peculio *debe deducir todo lo que el siervo debe á su señor* ó á las personas sometidas al poder de éste, y sólo el exceso será objeto de la estimacion judicial. A veces, sin embargo, no se saca lo que el esclavo debe á los que están sometidos á la potestad de su amo, si éstos forman parte del peculio del siervo, como los *esclavos vicarios*, cuando son acreedores del siervo.

*Una actio.* Segun Gayo, á quien ha copiado Justiniano, no habia más que una fórmula para la accion *de peculio et de in rem verso.* Sin duda la *intentio* de la fórmula indicaba la operacion hecha por el esclavo, y la *condemnatio* era doble; es decir, que el juez podia condenar al dueño hasta donde le hubiese alcanzado el provecho, ó sólo hasta donde alcanzase el peculio, ó áun condenar al dueño hasta donde llegue el provecho obtenido por él, y por el resto, hasta donde alcance el peculio. El texto declara que el juez no debia apreciar el peculio hasta que examinase si el negocio habia reportado alguna utilidad al amo. Paulo y Ulpiano (1) opinan que cuando el esclavo habia hecho que la operacion suya

(1) Dig. 15. 3. 19. Paul.

resultase provechosa á su dueño, su peculio pertenecia al amo y sus deudas lo aumentaban, no pudiéndose en este caso intentar la accion *de peculio* sin ejercer al mismo tiempo la *de in rem verso.* Pero algunas veces importaba ejercer la *in rem verso*, cuando el esclavo no habia tenido peculio ó no tenía bastante; cuando moria ó era manumitido ó enajenado y habia pasado un año útil; ó si un acreedor del esclavo podia ejercer contra el dueño la *de in rem verso,* y tenía interes en no hacerlo *de peculio* para que los demas no concurriesen con él. Por consiguiente, aunque las dos modificaciones *de in rem verso* y *de peculio* estaban, por regla general, comprendidas en una fórmula, en muchos casos sucedia que llegaban á separarse, y una tan sola se usaba.

Por esto aparecen unas veces como una y otras como dos acciones.

La accion *de peculio* tenía esta ventaja sobre la accion tributoria, que el acreedor que la ponia en práctica y por medio de ella obraba, no tenía responsabilidad alguna con los que despues viniesen reclamando, miéntras que los que ejercen la accion tributoria y cobran por ella debian dar caucion de estar á las resultas si nuevos acreedores acudian reclamando su parte en la distribucion (1).

*Ante deducitur quidquid servus domino..... debet.* El esclavo no podia ser deudor de su amo sino *naturaliter;* porque, segun el derecho civil, no existian obligaciones entre el siervo y su señor.— El dueño sacaba de la masa del peculio lo que se le debia personalmente como tutor, curador, agente de negocios ó socio, cuando no tenía otros medios para indemnizarse.

*Si quid vicario.* Los esclavos vicarios eran parte integrante del peculio del esclavo ordinario; lo que aquéllos debian á éste era su hacienda (2).

V. Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria, vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo quod in rem domini versum est, agere possit; sed erit stultissimus, si omissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat proban-

5. Por lo demas, es indudable que el que ha contratado con un esclavo, autorizado por su señor, ó que tiene la accion exercitoria é institoria, puede tambien intentar las de *peculio* y las de *in rem verso;* pero será una locura de su parte, si despreciando las acciones por cuyo medio puede obtener el todo de lo que se le debe,

(1) Dig. 14. 4. 5. § 19. Ulp.
(2) Dig. 15. 1. 17. Ulp.

di in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, æque de peculio et de in rem verso agere potest, sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. *Tributoria ideo expedit agere*, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus cujus et ceteri creditores. At in actione de peculio, ante deducitur quod domino debetur; et in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria, ejus tantum quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet. Certe, qui potest probare *in rem domini versum esse*, de in rem verso agere debet.

se expone á los azares de probar si fué ó no en provecho del dueño la obligacion contraida, y á que no alcance el peculio del esclavo á cubrir la deuda suya. El que puede intentar la accion tributoria puede tambien ejercer la accion *de peculio et de in rem verso. Pero es más conveniente usar la accion tributoria*, porque en este caso el dueño no es preferido á los demas acreedores: hay igualdad completa entre aquél y estos últimos, miéntras que en la accion de peculio se comienza por deducir lo que se le debe al dueño, y no responde al acreedor del esclavo más que del exceso. Ademas, el acreedor tiene interes en intentar la accion *de peculio*, porque se ejerce contra toda la hacienda del esclavo, miéntras que en la tributoria sólo se pide contra la parte del peculio aplicada al comercio: el esclavo puede, por consiguiente, no haber comerciado más que en la tercera ó cuarta parte de sus bienes, ó con el mínimum, y la masa de ellos consistir en fundo, esclavos ó dinero dado á réditos. El acreedor del esclavo deberá por consiguiente intentar la accion que le sea más ventajosa. El que pueda probar que *el negocio ha redundado en provecho del dueño* deberá, sin duda alguna, intentar la accion *de in rem verso*.

El que tiene la accion *de peculio et de in rem verso* no tiene siempre libertad para elegir la accion *quod jussu*, ó la exercitoria, ó la tributoria, ó la institoria; porque no se puede ejercer contra el dueño la accion *quod jussu* si el esclavo no ha contratado por órden de su amo la accion exercitoria ó institoria, sino en el caso de que el señor haya encargado á su esclavo el mando del barco ó la direccion y administracion de la tienda (1), y la accion tributoria, sólo contra el que sabe que su esclavo comercia, y se lo consiente. Pero en vez de cualquiera de estas acciones, puede intentar segun su capricho la *de peculio et de in rem verso,* siguiendo su interes; elegida una, no puede volver á otra.

(1) Debe tenerse en cuenta que las acciones exercitoria é institoria no concurren nunca con la accion tributoria, porque en aquéllas el esclavo se obliga por encargo de su dueño, y éste responde *in solidum* personalmente.

*Tributoria..... ideo expedit agere.* Debe tenerse presente que en la accion *de peculio* prevalece la regla *melior est conditio possidentis;* así el dueño es preferido siempre á otro acreedor cualquiera. El acreedor que ha cobrado no tiene obligacion de responder á los demas del peculio. Pero no sucede lo mismo en la accion tributoria (1).

*In rem domini versum esse.* El que pueda probar que la operacion ha redundado toda en beneficio del dueño, obtendrá la totalidad, pero en la accion tributoria ó *de peculio* no conseguirá que se le pague las más veces sino una parte de lo que se le debe.

VI. Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligamus et de filio et filia, aut nepote, et nepte et patre avove in cujus potestate sunt.

6. Lo que hemos dicho del esclavo y de su señor se aplica al hijo ó á la hija, al nieto ó á la nieta, y al padre ó al abuelo, bajo cuya potestad están.

Hay, sin embargo, una diferencia entre las obligaciones contraidas por los esclavos y por los hijos de familia, y es que si los esclavos tratan por mandato ó fideiyusion ajena, el dueño no responde ni queda obligado; miéntras que sucede lo contrario cuando su hijo contrae por mandato de una persona extraña (2).

VII. Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatus-consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate, et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitæ parentium insidiabantur.

7. Para los hijos de familia debemos advertir que por el senado-consulte Macedoniano está prohibido el prestarles dinero, y será rechazada toda accion que se intente contra el hijo ó la hija, el nieto ó la nieta (ya estén bajo la potestad de su padre, ó ya hayan salido de ella por la muerte de su padre, ó por emancipacion), y contra el padre ó el abuelo, ténganlos éstos bajo su potestad, ó háyanlos emancipado. El senado lo decidió así, porque muchas veces los hijos de familia, despues de haber pedido en préstamo cantidades que malgastaban crapulosamente, atentaban contra la vida de sus ascendientes.

*S.-C. Macedonianum.* El senado-consulto Macedoniano, segun Tácito (3), se dió en el reinado de Claudio, y segun Suetonio (4),

(1) Dig. 14. 4. 6. Paul.—15. 1. 9. § 2. Ulp.
(2) Dig. 15. 1. 3. § 9.
(3) Ann. 11. 13.
(4) Vesp. 11.

reinando Vespasiano. Pothier (1) cree que se estableció en tiempo de Claudio, y se renovó imperando Vespasiano. Su nombre viene de *Macedo*, usurero famoso, ó segun otros, de *Macedo*, un hijo de familia disipador y crapuloso, pues la rapiña del uno, ó la criminal disipacion del otro, debieron dar ocasion á este senado-consulto. La accion sólo se niega cuando ha de ejercitarse contra el prestamista, que sabiendo que el hijo de familia no era *sui juris*, dejó que le prestasen (2). Este senado-consulto tenía por objeto más bien negar la accion que el anular el préstamo hecho al hijo de familia.

VIII. Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

8. Por último, debemos manifestar que lo que podemos pedir al padre ó al señor por la accion *quod jussu*, ó la *in rem verso*, tambien lo podemos reclamar directamente por la *condiccion*, como si inmediatamente hubiésemos tratado con el padre ó con el dueño. Tambien por la condiccion podemos perseguir á aquellos contra quienes está en nuestro derecho usar la accion exercitoria ó la institoria, porque tambien por su órden se comprometia el contrayente inmediato.

Este último párrafo parece que destruye todo lo dicho anteriormente sobre este particular. Si hay una accion civil directa para reclamar del dueño ó del padre todo lo que se ha contratado siguiendo sus órdenes, ó por su *institor*, ó su *magister navis*, y por todo lo que ha redundado en beneficio suyo, ¿para qué sirven las acciones indirectas y pretorianas, *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria* y *de in rem verso*? Es preciso comprender bien hasta dónde se extiende este párrafo. Todas las acciones que resultan de los contratos hechos *jussu domini*, ó por el *institor*, ó por el *magister*, no se dan directamente contra el dueño ó padre: es sólo la condiccion (*directo quoque posse a patre dominove condici*); pero sólo en los casos y negocios á que haya lugar á esta accion.

Sabemos ademas que es propio de la *condictio* no poderse ejercer sino para hacer ejecutar una obligacion civil, del derecho estricto y unilateral. Sabemos tambien que la jurisprudencia romana

(1) Pand. 14. 6. 1.
(2) D. 14. 6. 3. Ulp.

ha hecho extensiva su aplicacion sucesivamente, reducida al principio á las causas del dinero (*certa pecunia*), despues á todos los objetos ciertos (*res certa*), y por último, á las obligaciones todas de cosas indeterminadas, y áun á las que consisten en hacer; pero siempre como unilateral y de derecho estricto. Sabemos, en fin, que eran muchas las causas que podian producir la *condictio:* contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos; y en el caso presente sólo se trata de contratos y cuasi-contratos.

La jurisprudencia acaba por aceptar como principio y admitir lo siguiente: en todos los casos en que una persona habia adquirido sin justa causa bienes ajenos, ó se habia enriquecido por un hecho voluntario ó involuntario, suyo ó de otro, se podia ejercer una accion *condictio* para repetir contra todos los provechos: «*Quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est*», dice Celso. «*Quasi ex re tua locupletior factus sim*», dice Africano. «*Quia ex aliena jactura lucrum quæram*», dice Paulo (1). La *condictio* aquí no está fundada en un contrato, sino en un hecho: el haberme yo enriquecido á costa de otro. Luego el que ha hecho un negocio con un esclavo ó un hijo de familia, por ejemplo una venta, una compra, un arrendamiento, una sociedad, en vez de perseguir al dueño por la accion que resulta hasta donde alcance el peculio, y sólo por lo que en provecho del dueño hubiese redundado (*de peculio et de in rem verso*), puedo hacerlo por la *condictio*, accion civil y de derecho estricto, y reclamar lo que ha hecho que el amo ó el padre se enriquezca en perjuicio suyo: esto sólo es una aplicacion de los principios comunes y admitidos. En efecto, se puede elegir para atacar al amo, ó la accion que nace del contrato segun los principios del derecho pretoriano, y que sólo el pretor concede *de peculio et de in rem verso;* ó, siguiendo los principios civiles, la *condictio*, que nace del hecho de haberse enriquecido el dueño á costa de otro; la primera accion será, por consiguiente, pretoria, indirecta; la segunda, civil y directa.

En fin, la jurisprudencia habia admitido igualmente que cuando el negocio hecho, y del que podia resultar una *condictio*, se habia llevado á cabo por órden de álguien (*jussu*), ó por su especial *en-*

---

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 32. f. Cels.; 23. f. Afric.—14. 3. *De institor. act.* 17. §§ 4 y 5. fr. Paul.

*cargo* (*institor* ó *magister*), era como si esto lo hubiese hecho por sí, y por consiguiente, la *condictio* se daba directamente contra él (1). Si, por ejemplo, con órden mia habeis dado á mi esclavo una suma de dinero en *mutuum*, ó le habeis pagado equivocadamente cualquiera otra cosa, creyendo que me la debiais, ó una cosa en cambio de otra que no habeis recibido, ó si estos negocios los habeis tratado con mi *institor*, contra mí tendréis la *condictio certi*, la *condictio indebiti*, la *condictio causa data*, *causa non secuta*. Lo mismo para las condicciones que pueden nacer de la multitud de contratos innominados que están formados *re;* en una palabra, siempre que la operacion sea tal que pueda perseguirse como obligacion unilateral por medio de una *condictio*. Pero las acciones *empti* ó *venditi*, *locati* ó *conducti*, *pro socio*, *præscriptis verbis* y otras, ademas de la *condictio*, se pueden ejercer contra el dueño y obligarle á la ejecucion de los contratos, muchas veces bilaterales, á que se refieren, con la modificacion pretoria que las trasforma en acciones *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso* (2). Por consiguiente, subsiste la utilidad de estas acciones pretorias é indirectas, y su uso continuó aún despues que la jurisprudencia dió gran extension á la *condictio*.

| TITULUS VIII. | TÍTULO VIII. |
| --- | --- |
| DE NOXALIBUS ACTIONIBUS. | DE LAS ACCIONES NOXALES. |

El texto pasa á ocuparse de las obligaciones que nacen de los delitos de los esclavos ó de los hijos de familia, y á exponer las acciones que contra los dueños pueden ejercerse. A estas acciones sobre todo debe aplicarse la reflexion que hemos hecho : no son una especie de accion particular éstas con su existencia propia, sino una especie de modalidad, una cualidad de las diversas acciones que de los delitos nacen. En efecto, la accion *furti vi bonorum raptorum*, *injuriæ ex lege Aquilia*, ú otra semejante, son las que se dan contra el dueño si su esclavo ha hurtado, robado, in-

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 9. § 2. f. Ulp.—29. f. Paul.—Esto es análogo á lo de los fragmentos siguientes : 12. 6. *De condict. indeb.* 57. § 1. f. Papin.—23. 3. *De jure dot.* 78. § 5. f. Trifon.—44. 4. *De doli except.* 5. § 5. f. Paul.—3. 5. *De negot. gest.* 6. § 5. 9. f. Julian.—47. 2. *De furtis.* 80. § 5. f. Papin.

(2) En nuestra opinion tal es el sentido en que debe interpretarse el fragmento de Labeon (Dig. 17. 2. *Pro socio.* 84.), que no deja de dar lugar á controversias.

juriado, inferido daño ó cometido otro cualquier delito. Pero se da con la cualidad de ser noxal, es decir, con la siguiente alternativa añadida á la condenacion: «AUT NOXÆ DEDERE»; de modo que el dueño no responderá de las consecuencias de la accion, ni de la condena, si prefiere abandonar ó entregar al esclavo, autor del delito. Por consiguiente, la voz *noxal* indica una cualidad de las acciones, no una accion propiamente dicha.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rappuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

Los delitos de un esclavo, tales como el hurto, el robo, el daño, la injuria, dan lugar á las acciones noxales, por las que el dueño del delincuente, siendo condenado, debe pagar el importe ó abandonar el esclavo, darle en *noxa.*

I. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est, servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

1. Se llama *noxa* el cuerpo que ha dañado, es decir, el esclavo; y *noxia* el delito mismo, un hurto, un robo, el daño causado injustamente, la injuria.

*Noxa* á veces es tambien el delito mismo.

II. Summa autem rationem permissum est noxæ deditione defungi; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

2. Es muy justo y arreglado á razon que se le permita al dueño librarse de pagar la condena, dando en *noxa* á su siervo, porque sería inicuo que por la perfidia del esclavo se viese su señor obligado á dar más de su valor como cosa.

III. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus *dominium a domino transfertur*. Sin autem damnum ei cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

3. En la accion noxal el dueño podia librarse, cuando se le demandaba, dando ó entregando á su esclavo, y entónces *transferia la propiedad para siempre;* pero si despues de todo, el esclavo halla medio, procurándose dinero, de indemnizar á aquél á quien fué dado, quedaba manumitido áun contra la voluntad de su señor, siendo en esto auxiliado por el pretor.

Es indudable que si el dueño citado *in jus* por un delito de su esclavo lo abandonaba ántes de la *litis contestatio*, evitaba la accion noxal que no puede darse contra él (1). — Es igualmente

(1) Dig. 9. 4. *De noxalib. action.* 21. pr. f. de Ulp.; y 29. f. de Gay.

cierto que entablada ya la accion citada y compareciendo las partes *in judicio*, el dueño debia ser absuelto (1). — Pero ¿se deduce de esto que las acciones noxales, ó en otras palabras, que toda accion dada noxalmente se convirtiese por esto en arbitraria? Puede optarse por la afirmativa, apoyado en el § 31 del tít. VI, en el cual se definen las acciones arbitrarias, y Justiniano dice: « *in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat..... vel solvat*, VEL EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT, *condemnari debeat.* » Tambien podria añadirse un fragmento de Paulo, que se vale de estas voces, «*arbitrio judicis absolvi eum oportet*» (2). Tal es, en efecto, la opinion adoptada por nuestro colega Ducaurroy. — Sin embargo, estos textos no son decisivos. El carácter particular de la accion arbitraria es el conferir al juez por las expresiones NISI RESTITUAT ú otras semejantes, el poder de señalar á su arbitrio la satisfaccion debida al demandante y de dar una órden anterior (*jussus*), por la cual apercibe al demandado que cumpla lo mandado, ó será condenado. Pues bien, nada vemos en todas las acciones que nacen de delitos, aunque noxales, que indique que el juez se halle revestido de un poder semejante, ni que la fórmula contenga la restriccion NISI RESTITUAT ú otra parecida. La satisfaccion no era arbitraria: consistia en la pena misma del delito, por ejemplo, del hurto, del robo, del daño causado á sabiendas. En cuanto á la entrega noxal, no estaba comprendida entre las obligaciones del dueño, es sólo *in facultate solutionis:* esta entrega no se le exigia, se dejaba á su arbitrio el hacerla ó no; y en cualquiera época que lo hiciese, fuese ántes ó despues de la sentencia y áun de la condenacion, queda libre. No hay medio hábil para que el juez, con anterioridad, se lo prevenga con un *jussus*, ni tampoco se podia por este *jussus*, hecho *ex æquo et bono*, usar la satisfaccion que habia de darse como en las acciones arbitrarias. Las expresiones del § 31 pueden justificarse en el sentido de que se refieren á los casos en que las acciones noxales son arbitrarias, porque sería en sí una accion arbitraria la accion de *dolo malo* ó *quod metus causa* que se diese noxalmente por hechos del esclavo (3). En cuanto á las palabras *arbitrio judicis*, con-

(1) Ibid 14. § 1. f. de Ulp.; y 19. pr. f. de Paul.

(2) Dig. 9. 4. *De noxal. act.* 14. § 1. f. de Ulp.

(3) M. Ducaurroy dice contra esta interpretacion que en el fragmento 19 de Paulo, citado en la nota 1.ª de la presente página, se trata de la accion EX LEGE AQUILIA, que no es arbitraria. Pero

tenidas en el fragmento de Paulo, no designarán necesariamente una accion arbitraria, porque están empleadas en sentido más lato. En suma, dirémos que en todos los casos no eran arbitrarias las acciones noxales, sino en un sentido especial y con notables variaciones. El juez no tenía el poder de fijar la satisfaccion ni de exigir la entrega del esclavo por *jussus* prévio: este abandono podia tener lugar despues de la condenacion. El carácter arbitrario resultará solamente de esta restriccion: «NISI EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT....., ó bien: AUT NOXÆ DEDERE CONDEMNA», que habria impuesto al juez en toda accion noxal la obligacion de absolver, si la entrega del siervo se hiciese ántes de la sentencia.

*Dominium a domino transfertur.* Cuando un padre de familias daba en *noxa* á un hijo culpable para descartarse de la obligacion de pagar la condena, la entrega se hacía por medio de una sola mancipacion (1): luego una sola mancipacion del hijo de familia, hecha para evitar el satisfacer la pena, hacía perder al padre su autoridad; por eso si el hijo de familia satisfacia el daño causado á aquel á quien habia sido dado en *noxa*, forzosamente era *sui juris;* libre del poder de su acreedor, no pasaba á la potestad paterna. No es, por consiguiente, extraño que el esclavo dado en noxa viniese á estar bajo el dominio *quiritario* de aquel á quien lo habian abandonado. Los textos que indican, al parecer, que el esclavo era sólo parte *in bonis* de su acreedor, se deben aplicar al esclavo que embargaba el demandante de órden del pretor cuando estaba el dueño ausente ó sin defensor (2).

IV. Sunt autem constitutæ noxales actiones, aut legibus aut edicto prætoris: legibus, veluti furti lege Duodecim Tabularum; damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.

4. Las acciones noxales se han establecido, ó por las leyes ó por el edicto del pretor: por las leyes, como la accion de hurto establecida por la ley de las Doce Tablas; la accion del daño causado injustamente, de la ley Aquilia; por el edicto del pretor, como la accion injuria y la de *vi bonorum raptorum.*

Los delitos que nuestro texto indica no son más que ejemplos; de todo delito puede nacer una accion con esta cualidad (3).

---

el texto no dice que suceda así, habiéndose intentado noxalmente, y si que será absuelto el demandante si la entrega se ha hecho ántes de la sentencia, lo que nadie disputa ni contradice.

(1) Gay. 4. 79.

(2) Dig. 9. 4. 26. § 6. Ulp. — Ib. 2. 9. 2. § 1. Ulp.

(3) Conf. Ley de las Doce Tablas con D. 9. 4. 2. § 1. Ulp. — Ib. 2. 9. 5. Ulp. — Ib. 47. 7. 7. § 5. Ulp. — Ib. 2. 9. 5. Ulp. — Ib. 4. 4. 24. § 3. Paul.

**V.** Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio: si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio quæ antea directa fuisset.

5. Toda accion noxal es capital, sigue al delincuente. Porque si vuestro esclavo ha cometido un delito miéntras está en vuestro poder, contra vos se da la accion noxal; si pasa á la potestad de otro, contra éste; si es manumitido, contra él mismo, y ya la entrega es imposible. En sentido inverso la accion de hecho puede hacerse noxal, si un hombre libre comete un delito y despues se hace esclavo tuyo (lo que hemos visto en el libro primero que ocurria en muchos casos), habrá contra tí una accion noxal, miéntras que ántes habria mediado accion directa.

La accion se llama en este caso directa, porque se dirige contra el delincuente mismo, y por el contrario, la accion noxal se ejerce contra el dueño.

Por lo demas, el dueño, más como poseedor que como propietario, está sujeto á la accion noxal; si el esclavo se fugaba ó era poseido por otro á título de propietario, la accion no se daba contra el señor; en efecto, en este caso se veria imposibilitado de elegir entre pagar y dar el esclavo en noxa.

VI. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest; ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde, si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate agere non potest: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

6. Si el esclavo comete un delito contra su dueño, éste no tiene accion alguna, porque no hay obligacion entre el siervo y su amo; por esto si vuestro esclavo, despues de haber cometido un delito contra vos, pasa á la potestad de otro ó es manumitido, no tendréis accion ni contra el ya liberto, ni contra la persona á cuya potestad ha pasado, de donde se deduce otra consecuencia, y es que si el siervo de otro comete un delito contra vos, y despues lo adquirís, vuestra accion se extingue, porque en tal estado las cosas, no puede haber accion; y aunque este esclavo saliese despues de vuestro dominio, no podréis demandar: lo mismo sucede si el dueño comete un delito contra su esclavo, pues no tendrá éste accion, aunque sea manumitido ó enajenado.

Gayo (1) nos manifiesta que los proculeyanos pensaban que

(1) Gay. 4. 78.

cuando un esclavo cometia un delito contra su amo, ó el dueño contra su esclavo, habia accion; y que solamente estaban sin fuerza ni ejercicio miéntras que los vínculos de la esclavitud y del dominio existian entre ellos; pero que renacian con toda su fuerza cuando el esclavo salia del poder de su amo. Los sabinianos, por el contrario, opinaban que la accion que no nacia, por consiguiente, no podia renacer ni reanimarse cuando el esclavo salia de la potestad señorial, porque no habia existido nunca. Esta opinion es la de Justiniano.

VII. Sed *veteres* quidem hæc et in filiis familias masculis et feminis *admisere. Nova autem hominum conversatio* hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene *per corpus pater magis quam filius periclitetur*, cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, *ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*

7. Los antiguos aplicaban los mismos principios á los hijos y á las hijas de familia; pero esta aplicacion está en oposicion declarada con el *estado actual de nuestras costumbres;* tambien habia caido ya en desuso. En efecto, ¿cómo puede tolerarse el que un padre se vea obligado á abandonar y á entregar en *noxa* á su hijo, y sobre todo á su hija? ¿El padre no sufriria más que el mismo hijo? y respecto de su hija, ¿la decencia no era un obstáculo para que la diese en *noxa?* Por esto se ha quedado reducida esta accion á los esclavos: en cuanto á los hijos y á las hijas de familia, *pueden ser atacados personalmente*, segun la opinion de los antiguos comentadores de nuestras leyes.

*Veteres admisere.* Tito Livio (1) cuenta que el pueblo romano cuando un ciudadano habia cometido un crímen ó un delito contra los enemigos, se lo abandonaban para no incurrir en responsabilidad ninguna.

*Nova autem hominum conversatio.* Justiniano hace aquí alusion visiblemente á la restriccion de la patria potestad, que daba en otros tiempos el derecho de vender á un hijo de familia (2).

*Per corpus pater magis quam filius periclitetur.* Por el abandono de un hijo ó de una hija, el padre estaba expuesto á verlos hechos objetos de malos tratos y deshonestidades, y esto debia ser para él un suplicio (3).

*Ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.* Este princi-

(1) An. 9. 10.
(2) Cod. 4. 43.
(3) D. 4. 2. 8. § 3. Paul.

pio, admitido entre los antiguos, no bastaba para indemnizar al que habia sido perjudicado por el delito de un hijo de familias, porque despues de haberlo atacado directamente, la persona, víctima del delito, no podia reclamar del padre más que hasta donde alcanzase el *peculio*. Éste es el único recurso que quedó cuando las acciones noxales no se aplicaron en estos casos á los hijos.

## TITULUS IX.

### SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

*Animalium* nomine quæ ratione carent, si qua lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege Duodecim Tabularum prodita est. Quæ animalia, si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex Duodecim Tabularum scripta est: ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet. Ceterum, *si genitalis sit feritas, cessat.* Denique si ursus fugit a domino, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri quia desiit dominus esse ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quod ad noxalem pertinet actionem.

## TITULO IX.

### DEL DAÑO CAUSADO POR UN CUADRÚPEDO.

Respecto de los animales irracionales, si por lascivia, por fogosidad ó por ferocidad han hecho daño, la ley de las Doce Tablas estableció una accion noxal para este caso; por consiguiente, segun esta ley, estos animales podrán ser dados en noxa por sus dueños, y así se librarán de la condena: por ejemplo, si un caballo ha coceado ó un toro ha corneado á álguien. Pero esta accion sólo tiene lugar cuando este daño ha sido causado por excepcion, y no siguiendo lo que acostumbran estos animales, pues si son de naturaleza fieros, no hay accion. En fin, si un oso despues de haberse huido de casa de su dueño, ha hecho daño, por esta accion no puede ser perseguido su dueño, porque dejó de tener dominio desde el momento en que se fugó. El daño que causa un animal irracional se llama *pauperies* (estrago), porque el perjuicio se causa sin mala intencion: un animal de esta especie, como carece de razon, no puede ser considerado como causante de un daño contrario al derecho. Esto es cuanto pertenece á la accion noxal.

La accion de que aquí se trata, derivada de la ley de las Doce Tablas (1), llamada *actio de pauperie*, no es sencillamente una modalidad, una cualidad de accion. Por sí misma es accion, tiene

(1) Véase la *Historia de la legislacion romana*. Tabla VIII, § 6, y la nota que á ella se refiere, p. 93.—Dig. 9. 1. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

existencia propia, y ademas la cualidad de ser noxal : es decir, que puede uno defenderse de ella entregando el animal.

*Animalium.* Debe tenerse presente que aunque el membrete del título habla sólo de cuadrúpedos, porque la ley de las Doce Tablas se limitaba efectivamente á este género, la expresion del texto es más general y comprende todos los animales, cuadrúpedos ó bípedos. La jurisprudencia, en efecto, dió por utilidad esta interpretacion extensiva á las Doce Tablas.

*Si genitalis sit feritas, cessat.* Esta expresion se emplea aquí por oposicion á esta otra *solitus petierit;* sin embargo, parece que se confunde con la primera: en efecto, un estrago causado por una ferocidad habitual se parece mucho al de la fiereza nativa. Pero obsérvese que un animal, cuyo genio se conoce, y que no comete destrozo sino por un desbordamiento difícil de prever, aunque él fuese de mala índole, es diferente del mal causado por la ferocidad, que no se puede reprimir, y que es violenta naturalmente. El dueño en este caso tiene excusa : tampoco debe entenderse el *solitus petierit* sino de los animales domésticos, cuyos movimientos han de ser moderados por un mulero ó guarda. En cuanto á los animales feroces, como el oso, el dueño no está obligado á más que por una accion útil ; y áun nuestro texto le libra de toda responsabilidad si el destrozo fué causado por la fiera despues de huir de casa de su dueño, y ántes de haber vuelto á ella (*quondam*).

I. Ceterum sciendum es ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum et æquum judi i videtur, tanti dominus condemnetur; ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, et de pauperie locum habebit. Numquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

1. Por lo demas, el edicto de los ediles prohibe el tener cerca del camino público perros, verracos, jabalíes, osos ó leones : si contraviniendo á esta órden, resulta daño á un hombre libre, serémos condenados á lo que al juez le parezca justo y equitativo; y en otro cualquier destrozo deberémos pagar el duplo del daño: ademas estas acciones edilicias no estorbarán el uso de la accion de *pauperie;* porque cuando hay várias acciones para un mismo objeto, y se trata de pena, el ejercicio de una accion no impide la otra.

## TITULUS X.

### DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno : alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. - Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam et morbus et ætas et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ, sæpe impedimento sunt quominus rem exsequi possint.

## TITULU X.

### DE AQUELLOS POR QUIENES PODEMOS OBRAR EN JUICIO.

Se puede intentar la accion por sí ó por medio de otro. Se puede accionar por otro como procurador, como tutor ó como curador ; pero en otro tiempo no se podia ocupar en juicio el puesto ajeno sino representando al pueblo, á un esclavo ó á un menor. Despues la ley Hostilia permitió accionar en el caso de hurto por los que estaban prisioneros en poder del enemigo, ausentes por intereses de la república, ó por los pupilos de éstos. La imposibilidad de tener procurador, ó defenderse por medio de otros en los demas casos, ofrecia muchos inconvenientes; por eso se introdujo despues el que pudiesen actuar los procuradores, porque una enfermedad, la edad, un viaje indispensable y otras muchas razones ponian á las personas en la imposibilidad de seguir sus propios negocios.

Conocemos el principio del antiguo derecho civil romano de que nadie puede ser representado por otro en los actos judiciales, sino que cada uno debe figurar y obrar en ellos personalmente y por sí mismo ; principio que fué desapareciendo poco á poco del derecho, y que concluyó por no tener más que una existencia nominal. Este principio se aplicaba á las acciones judiciales, ya en cuanto al papel de demandante, ya en cuanto al de demandado , y recibió paliativos sucesivos con los cuales desapareció. Con este motivo es preciso distinguir entre los sistemas de procedimiento.

Bajo las acciones de la ley estaba rigurosamente en vigor ; sólo que se hicieron en él las diferentes excepciones de que habla nuestro texto, y que hemos ya indicado.

Bajo el sistema formulario se ofreció á todos un medio de constituir en las acciones, ya como actor, ya como reo, un verdadero representante que obra en nombre de éste como si fuese él mismo. Este representante se llamó *cognitor*, debiendo constituirse ante el magistrado por medio de palabras solemnes y en presencia del ad-

versario. El demandante constituia ó nombraba un *cognitor* en estos términos: por ejemplo, en una accion vindicatoria de un fundo, «QUOD EGO A TE FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO»; el demandado en éstos: «QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO.» Tambien podian decir de un modo general aplicable á toda accion el demandante, «QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM L. T. COGNITOREM DO»; y el demandado: «QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM P. M. COGNITOREM DO.» Importaba poco que el *cognitor* estuviese presente ó ausente al tiempo de su constitucion; sólo que si se habia dado estando ausente, no era *cognitor* hasta despues de haber conocido y aceptado este oficio (1).

Más tarde se aplicaron á las acciones judiciales los principios del mandato, admitiéndose que un madatario, *procurator*, pudiese obrar, ya por el demandante, ya por el demandado; pero con las reglas del mandato. Es decir, que el *procurator* no representaba al mandante; obraba en su propio nombre, y no en el de éste, á su cuenta y riesgo, tomando sobre sí las consecuencias del pleito y de la sentencia, que al principio quedaba extraña al mandante. Se expresaba este resultado diciendo que el *procurator* se hacía dueño del proceso, *dominus litis*. Tambien el adversario contra quien se presentaba tenía el derecho de exigir de él la accion *ratam rem dominum habiturum*, que no era aplicable el caso del *cognitor* (2). El *procurator* se constituia sin ninguna solemnidad en presencia del magistrado, como en ausencia, por el solo mandato. Los jurisconsultos hasta admitian á litigar así al simple *negotiorum gestor*, que se presentaba sin mandato de ninguna especie, con tal que diese la caucion exigida para responder de la ratificacion (3). Con este título de mandatario, y bajo el imperio de las mismas reglas, el tutor (en los casos en que no se aplicaba la antigua excepcion *pro tutela* de las acciones de la ley) y el curador fueron admitidos á litigar en su propio nombre por el pupilo ó por el menor. Solamente que se les imponia algunas veces la obligacion de dar caucion de que ratificarian (4).

---

(1) Gay. Com. 4. § 83.—Véase tambien sobre la materia VATICANA FRAGMENTA, *de cognitoribus et procuratoribus*, §§ 317 al 341.

(2) Gay. Com. 4. §§ 97 y 98.

(3) Ibid. § 84.

(4) Ibid. Gay. Com. 4. § 99

Tambien Gayo, en lugar de este antiguo principio de que no se puede obrar por otro, llega á decir en sentido inverso : *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno: alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio*» (1).

El mecanismo por medio del cual se transformaba la fórmula cuando un tercero venía á litigar por otro, ya como demandante, ya demandado, es curioso. Ya nos habia sido revelado por la paráfrasis de Teófilo, que ha venido á confirmar el manuscrito de Gayo. Como el derecho que constituye el objeto de la accion está adherido exclusivamente, ya como derecho real, ya como crédito, ya como obligacion, á la persona de las verdaderas partes, y no á la persona de los terceros que viene á pleitar por ellas, el nombre solo de estas verdaderas partes puede figurar en la *intentio* de la fórmula que contiene la enunciacion del derecho; pero en seguida figura en la *condemnatio* el nombre del representante ; puesto que respecto de él, si es demandante, debe ser condenado ó absuelto el demandado ; ó es él mismo, si es demandado, quien debe ser condenado ó absuelto. Gayo expresa lacónica y elegantemente este mecanismo, diciendo : « *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.* » Por ejemplo, si Lulio Ticio procede en una causa de obligacion en favor de Publio Nevio, la fórmula se concebirá así : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM LUCIO TITIO SEXTERTIUM X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE. » Una transformacion análoga tiene lugar en el caso en que el representante desempeñe el papel de demandado (2); y esto se practica tanto para el *cognitor* como para el *procurator*, aunque en el caso de *cognitor*, la accion *judicati* se daba en pro ó en contra del representado, segun el principio de que en estos casos el representante no formaba más que una persona con él (3).

Bajo el sistema del procedimiento extraordinario, la extension dada á la posibilidad de ser representado en justicia por un tercero se ha hecho todavía mayor, en el sentido de que el papel de *procurator* se ha ido aproximando cada vez más al de *cognitor*. Aun

(1) Ibid. § 82.
(2) §§ 86 y 87.
(3) VATIC. J. ROM. FRAGM. § 317.

ántes que este procedimiento se generalizase y se sustituyera completamente al otro, ya en tiempo de Alejandro Severo se hallaba recibido que el *procurator præsentis*, es decir, el *procurator* constituido *apud acta* por el dueño en persona, aunque sin las palabras solemnes, se asimilaba al *cognitor*, y que en consecuencia no hiciese más que uno con el representado, y que la accion *judicati* se diese á ó contra éste (1). En fin, la asimilacion se extendió cada vez más, y se aplicó á todo *procurator*, áun al *negotiorum gestor* que hacía intespestivamente ratificar su gestion (2). De suerte que fueron considerados todos como el *cognitor*, verdaderos representantes, desempeñando el papel de representados, é identificándose con él; y en consecuencia, se dió la accion *judicati*, no en pro ó en contra de ellos, sino en pro ó en contra del que representaban. La costumbre de constituir *cognitores* que exigian formas y palabras solemnes cayó en desuso en la práctica. Ya no existia en tiempo de Justiniano, y en los fragmentos de los antiguos jurisconsultos, insertos en el Digesto de este Emperador, en todas partes donde se encontraba el nombre de *cognitor* se le sustituyó el de *procurator*.

En suma, en tiempo de Justiniano ya no hay *cognitor*; el *procurator præsentis* no está obligado á dar caucion; el *procurator absentis* es como el *dominus*, cuando está provisto de un mandato públicamente justificado. El simple *negotiorum gestor*, que se presenta sin mandato, y que se llama *defensor*, porque esta especie de intervencion no tiene lugar naturalmente más que para defender á una persona atacada durante su ausencia, está sólo obligado á dar las cauciones *ratam rem dominum habiturum*, ó *judicatum solvi*. Y áun este último, haciendo ratificar fuera de tiempo su gestion, se reputa que ha representado al dueño, y en pro ó en contra éste se da la *actio* ó *exceptio judicati*.

I. Procurator, neque certis verbis, neque præsente adversario, immo plerumque ignorante eo constitui-

1. El procurador se constituye sin palabras solemnes en ausencia del contrario, y muchas veces hasta sin

---

(1) VATICAN. J. R. FRAGM. *De cognitoribus et procurat.* § 317 : «Apud acta facto procuratori hæc satisdatio remitti solet; nam, quum apud acta non nisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est», se ve por la continuacion de este párrafo que se refiere aún al tiempo del emperador Severo.—§ 331. «Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi domino, causa cognita, dabitur et in eum judicati actio.» PAUL. *Sent.* 1. 3. *De procurat.* § 1 : «Mandari potest procuratio præsenti, et nudis verbis, et per litteras, et per nuntium, et apud acta præsidis et magistratus.»—COD. TEODOS. 2. 12. *De cognit. et procur.* 7. const. de Teod. y Valent.

(2) Dig. 5. 1. *De judic.* 36.

tur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, iis tuus procurator intelligitur.

saberlo, porque se considera como vuestro procurador el que habeis encargado de administrar vuestros bienes.

II. Tutores et curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

2. Ya hemos expuesto en el libro primero cómo se nombraban los tutores ó curadores.

Si al litigar el tutor por su pupilo ha cumplido con un deber forzoso, la accion *judicati* se da al pupilo ó contra el pupilo; mas si ha litigado por el pupilo, cuando hubiese podido contentarse con autorizarlo, es decir, con completar su persona en el proceso, la accion *judicati* se da al tutor ó contra el tutor; y lo mismo sucede admitiendo la misma distincion respecto del curador de los menores de veinticinco años. En cuanto al curador de un demente, la accion *judicati* compete siempre al curador y contra el curador, porque no puede darse ninguna accion contra los locos.

## TITULUS XI.

### DE SATISDATIONIBUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim, si in rem agebatur, *satisdare possessor compellebatur* ut si victus *nec rem ipsam restitueret nec litis æstimationem ejus*, potestas esse petitori aut *cum eo* agendi, *aut cum fidejussoribus ejus*. Quæ satisdatio appellatur JUDICATUM SOLVI. Unde autem sic appellatur, facile est intelligere; namque stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum. *Multo magis* is qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, *si alieno nomine judicium accipiebat.* Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero, si in rem agebat, satisdare jubebatur RATAM REM DOMINUM HABITURUM. *Periculum enim erat ne iterum dominus*

## TÍTULO XI.

### DE LAS FIANZAS.

Los antiguos habian adoptado un sistema de afianzamiento: los modernos han adoptado otro. Antiguamente, en la accion *in rem el poseedor debió dar caucion* al demandante, á fin de que, si era vencido y *no volvia la cosa ó no pagaba la estimacion del litigio*, el demandante pudiese proceder *contra él ó sus fiadores;* caucion que se llamaba JUDICATUM SOLVI: siendo fácil explicar esta denominacion, porque si el demandante estipulaba que se le pagase lo juzgado, *con más razon* el que era perseguido en reivindicacion debia dar esta caucion *si era demandado en nombre de otro.* En cuanto al demandante, en las reivindicaciones, si obraba en su nombre, no debia dar caucion; pero si este demandante en reivindicacion era un procurador, debia dar caucion de que el dueño ratificaria la demanda; *porque era de temer que este último intentase en seguida una accion para el mismo objeto.* El edicto queria que los tu-

*de aedem re experiretur.* Tutores et curatores, eodem modo quo et procuratores, satisdare debere verba edicti faciebant; sed *aliquando his agentibus satisdatio remittebatur.* Hæc ita erant, si in rem agebatur.

tores y curadores diesen caucion como los procuradores; pero cuando eran demandantes *se les dispensaba algunas veces de esta caucion.* Tales eran los principios cuando la accion era real.

*Satisdare possessor compellebatur.* Si el poseedor no queria dar caucion *judicatum solvi*, la posesion, por medio de un edicto de que hablarémos más adelante, se transferia al demandante si éste daba la caucion negada por su adversario (1).

*Si victus nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem.* Teniendo el demandado la posesion durante el litigio, era justo que garantizase la restitucion del objeto ó el pago del valor del litigio (2).

*Cum eo.... aut cum fidejussoribus.* El demandado prometia por estipulacion lo mismo que el fiador (3); de suerte que el demandante tenía contra él ó contra su fiador la accion *ex stipulatu.* Es cierto que el demandante, despues de haber ganado su causa, tenía tambien contra el demandado la accion *ex judicato;* pero no era raro entre los romanos que un acreedor tratase de tener muchas acciones para el mismo objeto, y que prefiriese la accion *ex stipulatu.*

*Multo magis si alieno nomine judicium accipiebat.* Estando obligado el *dominus litis* á dar caucion, con más razon debia hacerlo su *procurator*, pues que existia para éste una regla aplicable á las acciones reales y personales, que se hallan citadas en el § 1 de este título. En cuanto al *cognitor*, nunca daba esta caucion, dándola por él, en las acciones reales, el representado (4).

*Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur.* Como el *procurator* no se identificaba con el representado, y como al intentar la accion no obligaba al representante, éste hubiera podido renovar la accion. Por lo demas, este principio no se aplicaba al *procurator*, cuyo mandato es cierto desde que se le ha colocado en la misma línea que al *cognitor*. Despues de establecida esta igualdad, todavía existia, sin embargo, una diferencia entre la accion intentada por el *cognitor* y la intentada por el *procurator*

(1) Paul. Sent. 1. 2. 1.—Vat. f. 317.—C. 8. 6.
(2) Gay. 4. 89.—Cic. p. P. Quinct. 13.
(3) Gay. 4. 93.
(4) Gay. 4. §§ 101 y 97.

con mandato cierto; porque en el primer caso el derecho del representado se extinguia *ipso jure*, miéntras que en el segundo caso era preciso que se paralizase este derecho de intentar la accion de nuevo por una excepcion de dolo ó *rei judicatæ* (1).

*Aliquando his agentibus satisdatio remittebatur.* Si los tutores ó curadores eran demandados, debian probablemente dar caucion siempre á causa de la regla *nemo defensor in aliena re sine satisdatione.*

I. Si vero in personam ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, *omnimodo satisdaret*, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, JUDICATUM SOLVI satisdare non cogebatur.

1. En las acciones personales se aplicaba al demandante lo que hemos dicho de las acciones reales. En cuanto al demandado, si litigaba por otro, *tenía siempre que dar caucion*, porque nadie puede ser demandado por otro sin dar caucion. Si, por el contrario, el demandado litigaba por sí en una accion personal, éste no era obligado á dar la caucion *judicatum solvi.*

*Omnimodo satisdaret.* Un fragmento del Vaticano nos dice que en el caso en que el *procurator* intervenia *ad defendendum*, la obligacion de prestar esta caucion no se le dispensaba al *procurator* constituido *apud acta;* si el demandado era un *cognitor*, daba el *dominus* la caucion por él (2).

II. Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem *pro litis æstimatione* dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod *in judicio permaneat* usque ad terminum litis: vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel *nudam promissionem*, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

2. Pero sucede hoy de otro modo, porque el demandado, en la accion real como en la personal, cuando litiga por sí, no está obligado á dar caucion *por el valor del litigio*, y sólo está á garantir que se presentará en persona y *que permanecerá en juicio* hasta el fin del proceso, ó bien se atienen á su promesa, hecha con juramento (llamada caucion juratoria), ó tambien, segun su calidad, está obligado á dar caucion, ó *á prometer pura y simplemente.*

*Pro litis æstimatione.* En el antiguo derecho, la accion *judicatum solvi* tenía por objeto garantir: 1.°, la estimacion del litigio (*de re judicata*); 2.°, que el demandado permaneciese en la ins-

(1) Val. Fr. 317.
(2) Ibid.

tancia de modo que se defendiese (*de re defendenda*). Es probable que ya ántes de Justiniano la caucion *de re judicata* no tuviese lugar más que para algunos casos excepcionales. Despues de este Emperador ya no tuvo lugar ni áun en estos casos excepcionales; pero el demandado quedó sometido á la caucion *de re defendenda* (*pro sua tantum persona*), llamada tambien *cautio judicio sistendi*, que parece no ser otra cosa que la sucesion del *vadimonium* del sistema formulario.

*In judicio permaneat*. Esta expresion no se encuentra en ninguna parte; en efecto, esta cláusula *de re defendenda* no se aplicaba sino á lo que pasaba *in jure*: era una garantía dada por el demandado de presentarse ante el pretor; y no es extraño que, confundidos en tiempo de Justiniano el *jus* y el *judicium*, diga nuestro texto que la caucion debe comprender todo el *judicium*.

*Nudam promissionem*. Se emplea esta expresion imitada de los *vadimonia pura* de que habla Gayo, Com. 4. § 185.

III. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur: in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando, et *si tutor vel curator*, vel aliæ tales personæ quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, *litem quibusdam per alium inferunt*.

3. Pero cuando el que litiga es un procurador, ya como demandante, ya como demandado; si es como demandante y no hay mandato indicado, ó que el dueño del litigio no se presenta en persona ante el juez para confirmar el nombramiento de su procurador, éste está obligado á dar caucion de que el dueño del litigio ratificará la accion; y lo mismo sucede si *un tutor ó curador*, ó cualquiera otra persona encargada de dirigir los negocios ajenos *intenta una accion por un representante*.

*Quibusdam si tutor vel curator litem per alium inferunt*. Cuando los tutores y curadores se defienden ellos mismos no estaban obligados á dar caucion en tiempo de Justiniano; pero pueden ser representados por otra persona, y está última será la única obligada á dar caucion si no se ha constituido por mandato auténtico, ó por una presentacion en juicio.

IV. Si vero aliquis convenitur: si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per JUDICATUM SOLVI satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem ex-

4. Si atacado uno, y hallándose presente, quiere constituir un procurador, puede comparecer él mismo ante el juez y dar por su procurador la caucion *judicatum solvi*, por medio de una promesa solemne, ó comprometerse extrajudicialmente, como

ponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus JUDICATUM SOLVI satisdationis clausulis. Ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promisserit, sive extra judicium caverit, *tam ipse quam heredes ejus obligentur: alia in super cautela*, vel satisdatione, propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur: vel si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

fiador de su procurador, por todas las cláusulas de su accion *judicatum solvi;* y entónces está obligado á dar hipoteca sobre sus bienes, bien haya prometido judicial ó extrajudicialmente, *pasando esta obligaion á su heredero.* Debe, *ademas*, dar caucion de que se presentará en persona á la pronunciacion de la sentencia; y si no se presenta, su fiador estará obligado á pagar el importe de la condena, á ménos que no se apele de la sentencia.

*Tam ipse quam heredes ejus obligentur.* No se concibe bien por qué Justiniano dice que en estos casos los herederos del constituyente quedarán obligados como el constituyente mismo; porque la misma obligacion se trasmite igualmente á los herederos cuando el constituyente se obliga como fiador: esto proviene quizá de que antiguamente se obligaban, con el mismo objeto, como *sponsor* ó *fideipromissor*, y que entónces el heredero del promitente no era responsable de la promesa de su autor (1).

*Alia insuper cautela.* Esta nueva accion era necesaria para dar la accion *judicati* contra el dueño del pleito, lo que no hubiera tenido lugar si el procurador no hubiera sido constituido judicialmente.

V. Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere: ita tamen, ut satisdationem JUDICATUM SOLVI pro litis æstimatione præstet Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.

5. Pero si el reo se halla presente, sea la que quiera la causa, y otra persona quiere tomar su defensa, sin distinguir entre las acciones reales y las acciones personales, puede hacerlo dando caucion por el importe del litigio; porque, segun la antigua regla ya indicada, nadie puede defender la causa ajena sin dar caucion.

VI. Quæ omnia apertius et perfectissime a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

6. Todo esto se presenta más fácil y de un modo más completo, frecuentando las audiencias y la práctica de los negocios.

VII. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omni-

7. Queremos que se apliquen todas las reglas que acabamos de sen-

(1) Gay 3. 120.

bus nostris provinciis, et si propter imperitiam forte aliter celebrantur, obtinere censemus, cum necesse est omnes provincias, caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.

tar, no sólo en nuestra régia ciudad, sino tambien en todas las provincias, aunque por impericia se siga la práctica contraria; siendo indispensable que las provincias se conformen con lo observado en nuestra régia ciudad, capital de todas nuestras ciudades.

## TITULUS XII.

### DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt; eas vero quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem ex constitutionibus introductum: quales sunt eæ quas bonorum possessori, cæterisque qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur tamen perpetuo datur: absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

## TÍTULO XII.

### DE LAS ACCIONES PERPÉTUAS Ó TEMPORALES, Y DE LAS QUE PASAN Á LOS HEREDEROS Y CONTRA LOS HEREDEROS.

Hay que advertir aquí que las acciones que dimanan de la ley, de un senado-consulto ó de constituciones imperiales, podian ejercitarse otras veces para siempre, y sólo se ha limitado su duracion por las constituciones imperiales, tanto para las acciones reales como para las personales. En cuanto á las acciones que se derivan de la jurisdiccion pretoriana, la mayor parte de ellas no duran más que un año, porque la autoridad del pretor no dura tampoco más. A veces, sin embargo, son perpétuas estas acciones, es decir, que duran hasta un término fijado por las constituciones. Tales son las concedidas al poseedor de bienes y á toda otra persona que representa un heredero. La accion de hurto manifiesto, aunque procedente de la jurisdiccion pretoriana, se da tambien perpétuamente, porque sería absurdo que no durase más que un año.

Bajo el imperio del sistema formulario habia que distinguir cuidadosamente, en cuanto á su duracion, entre la accion una vez organizada por el magistrado, es decir, la fórmula dada por él, y la accion que intentan, es decir, la accion considerada únicamente como el derecho de obrar, de recurrir al magistrado y pedirle la entrega de una fórmula. La accion, una vez organizada por la entrega de la fórmula, se hacía, en consecuencia de los efectos de la *litis-contestatio*, un derecho adquirido, en adelante perpétuo y

trasmisible á los herederos. Sin embargo, para que las instancias judiciales no infiriesen dilaciones indefinidas, la ley JULIA *judiciaria* les señaló un término, debiendo ser juzgadas en el de diez y ocho meses, pasado el cual espiraban. Sabemos, ademas, que en los *judicia imperio continentia* la duracion de la instancia era la del poder del magistrado que la habia organizado. Ya hemos expuesto esta materia en otro lugar. El objeto de este título es la duracion de las acciones que se han de intentar, es decir, el tiempo durante el cual tiene el demandante derecho para intentar su accion: hoy, no ya por la peticion de una fórmula, sino directamente, con señalamiento ante la autoridad judicial. En una palabra, se trata, no de la extincion de una instancia por el transcurso del tiempo corrido sin que se haya dado la sentencia, sino de la extincion de una accion por el transcurso del tiempo pasado sin persecucion por parte de aquel á quien compete.

Bajo este aspecto, las acciones se distinguen en acciones perpétuas, cuya duracion era ilimitada, y en acciones temporales, que no duraban más que un año. Eran perpétuas las acciones civiles, es decir, fundadas en una ley, un senado-consulto, ó una constitucion, salvo algunas excepciones (1). Eran temporales las acciones pretorianas, es decir, basadas sólo en el edicto del pretor, salvas tambien algunas excepciones; porque ciertas acciones, aunque creadas únicamente por el pretor, habian recibido de él, á imitacion del derecho civil, una duracion perpétua: tales eran la accion *furti manifesti*, las acciones concedidas al *bonorum possessor*, al *emptor bonorum*, la accion Publiciana, y en general, las acciones persecutorias de la cosa, segun lo que nos dice el jurisconsulto Paulo con referencia á Cassio: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut quæ rei persecutionem habeant, hæc etiam post annum darentur; cæteræ intra annum*» (2).

La razon que alega nuestro texto para que las acciones pretorianas se hayan reducido á la duracion de un año, á saber, que el poder del pretor no duraba tampoco más que un año, está muy léjos de ser satisfactoria. En efecto, no se trata aquí de la dura-

---

(1) Tal era, por ejemplo, la accion contra los *sponsores* y los *fideipromissores*, que no duraba más que dos años, segun la ley FURIA (Gay. Com. 3. § 121). Tal era tambien la accion *De lege Julia repetundarum*, reducida á un año contra los herederos. (Dig. 48. 11. *De leg. Jul. repetund.* 2. f. de Scevol.)

(2) Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 35. pr. f. de Paul.

cion de una instancia organizada por el magistrado, sino de la duracion de una accion creada por el edicto, y que dura un año bajo cualquier pretura que se entable ó se continúe; mejor razon me parece la de que el pretor, al introducir por su edicto nuevas acciones, muchas veces fuera del derecho civil y áun contra él, no lo ha hecho sin gran temor y limitando su duracion. Por lo demas, bien puede ser que la idea de que el edicto mismo no debia durar más que un año haya ejercido su influencia en el señalamiento de este plazo. Cuando el pretor daba una accion persecutoria de la cosa, cuyo principio era de pura equidad ó áun penal, pero para templar el rigor del derecho civil, como en la accion *furti manifesti*, se hacian estas acciones perpétuas (1). Cuando, por el contrario, daba acciones penales de su propia invencion, ó acciones persecutorias de la cosa, pero contrarias al derecho civil, como en las acciones decisorias, su duracion se limitaba á un año (2).

En el Bajo Imperio se cambiaron completamente las reglas sobre esta materia por las constituciones imperiales. Toda accion, ya real, ya personal, debe extinguirse por treinta años trascurridos sin ejercitarla desde el acontecimiento que la ha motivado (*ex quo jura competere cœperunt*), salvos algunos casos excepcionales, en que se ha extendido su duracion á cuarenta años. Entre estos últimos casos figura el de la accion hipotecaria cuando el objeto hipotecado ha quedado en poder del deudor (3). Sin embargo, el nombre de las acciones perpétuas sigue aplicándose como recuerdo de lo pasado á estas acciones, de suerte que en tiempo de Justiniano este epíteto de *perpétua* no indica ya más que las acciones de treinta años, en oposicion á aquellas cuya duracion está limitada á ménos trascurso de tiempo.

I. Non omnes autem actiones quæ in aliquem *aut ipso jure competunt aut a prætore dantur*, et in heredem æque competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, *ex maleficiis pœnales actiones* in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, dam-

1. Todas las acciones que se dan contra alguno ó que le competen *en virtud del derecho civil ó del derecho pretoriano*, no competen siempre á sus herederos ó no se dan siempre contra ellos; pues segun una regla constante de derecho, las *acciones penales* no se dan contra los herede-

(1) Gay. Com. 4. § 111.
(2) Dig. 44. 7. *De oblig. et action.* 35. pr. f. de Paul. : «..... Item Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum res ipsa usucapione redditur, anno finitur.»
(3) Cod. 7. 39. *De præscriptione XXX vel XL annorum.*

ni injuriæ. Sed heredibus hujus modi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. *Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit*, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, *si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ*, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt.

ros del delincuente; tales son las acciones de hurto, de robo, de injuria, de daño causado injustamente. Pero estas mismas acciones competen á los herederos de aquel á quien pertenecian, á excepcion de la de injurias y otras semejantes. *Algunas veces no se da contra el heredero la accion que nace de un contrato*, por ejemplo, la accion concedida contra uno por el dolo no se da contra su heredero, si no se ha aprovechado de este dolo. En cuanto á las acciones penales de que acabamos de hablar, *desde el momento en que ha habido litis contestatio*, pasan tambien á los herederos y contra los herederos.

*Aut ipso jure competunt, aut a prætore dantur*. Bajo el sistema formulario, todas las acciones, en cuanto á la entrega de la fórmula, se daban por el pretor; pero las expresiones de nuestro texto se refieren al orígen mismo de las acciones, á saber, si se derivan del derecho civil (*ipso jure*) ó del derecho pretoriano (*a prætore*).

*Ex maleficiis pœnales actiones*. Los herederos del delincuente no son responsables de las acciones penales existentes contra el difunto, sino en la cantidad con que el delito de este último les haya enriquecido; pues sólo el reo debe ser castigado. Lo que dice nuestro texto no tiene aplicacion á las acciones penales miéntras son *rei persecutoriæ;* porque estas últimas se dan contra los herederos del delincuente (1): esto se aplica á las acciones mixtas (*pœnæ, et rei persequendæ*) que nacen de un contrato, porque tambien son penales (2).

En cuanto á las acciones penales pertenecientes al difunto como acto, pasan todas á los herederos de éste, excepto la accion de injurias, la de inoficioso testamento, y todas las que están fundadas en una especie de espíritu de venganza (3).

*Alicuando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit*. Justiniano ha copiado esta parte de nuestro texto de Gayo (4), donde la sola excepcion citada era la concerniente á

(1) Inst. 4. 1. § 19. — D. 13. 1. 7. § 2. Ulp. — Ib. 25. 2. 6. § 4. Paul.
(2) Inst. 4. 6. § 17. — D. 16. 3. 1. § 1. Ulp. — *Eod.* 18. Nerat.
(3) D. 47. 10. 7. § Ulp. — Ib. 2. 4. 24. Ulp. — Ib. 5. 2. 6. §§ 2 y 7. Ulp.
(4) 4. 113.

los herederos del adstipulante, del *sponsor* y del *fideipromissor*. Pero no existiendo ya en tiempo de Justiniano ésta especie de obligaciones, la frase por la que está reemplazado este ejemplo en nuestro párrafo ha quedado oscura y no se comprende bien su aplicacion. En efecto, en los contratos, si el difunto cometió dolo, son responsables de él sus herederos (1); no exceptuándose más que el dolo cometido por el difunto en un depósito necesario; á ménos que no se suponga que Justiniano ha querido hablar de los contratos de derecho escrito, en los cuales, si ha habido dolo, no comprendiendo estos hechos de dolo la accion que nace del contrato, hay que recurrir á la accion *de dolo*, la cual no se daria contra los herederos, no habiéndose aprovechado de él (2).

*Fuerint contestatæ.* Sabemos suficientemente cuál era el efecto de la *litis contestatio* y cómo se convertia el derecho de la instancia organizada, desde que se habia verificado aquélla, en un derecho adquirido y transmisible á los herederos.

II. Superest ut admoneamus quod si ante rem judicatum, is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.

2. Nos resta advertir que si ántes de la sentencia el reo paga al actor, el juez debe absolver á aquél, aunque desde la entrega de la accion se hallase en el caso de ser condenado; y en este sentido se decia vulgarmente en otro tiempo que todas las acciones eran absolutorias.

Queda suficientemente explicado el orígen y el sentido de la regla expuesta aquí por nuestro texto, y el disentimiento que existió respecto de esto entre los sabinianos y los proculeyanos. Justiniano admitió la opinion de los primeros.

(1) Dig. 5. 17. 152. § 3. — *Eod.* 157. § 2. Ulp. — D. 44. 7. 49. Paul. — *Eod.* 12. Pomp. — D. 16, 3. 7. § 1. Ulp.
(2) D. 4. 3. 17. § 1. Ulp.

# RESÚMEN DEL LIBRO CUARTO.

(DESDE EL TÍTULO VI AL XII.)

*Diversas significaciones de la palabra* accion. — *Diversos sistemas sucesivos de enjüiciar entre los romanos.*

La palabra *accion* tiene várias significaciones.

1.° En el sentido propio y natural (derivado de *agere*) significa el recurso, es decir, el acto mismo de acercarse á la autoridad para hacer valer sus derechos de una manera cualquiera, como actor ó como reo; pero más particularmente demandando.

2.° En un segundo sentido figurado, *accion* no es ya el acto mismo, es el derecho de hacer este acto; es decir, el derecho de presentar este recurso á la autoridad.

3.° En fin, un tercer sentido, figurado como el segundo, ya no es ni el acto mismo, ni el derecho de hacer este acto; es el medio que se emplea para ello, la forma que está á nuestra disposicion para ejercer el recurso.

Así en la primera significacion la accion es un hecho; en la segunda un derecho; en la tercera un medio, una forma.

Estas tres significaciones generales se emplean todas tres en el derecho romano; pero la palabra se presenta aquí ademas con otras acepciones técnicas, más ó ménos reducidas, que han variado segun las épocas y segun los varios sistemas de procedimiento.

Estos sistemas son tres.

### PRIMER SISTEMA :— *Acciones de la ley.*

1.° El sistema de las acciones de la ley (*legis actiones*), que abre la historia del derecho romano, y que se refiere al primitivo orígen nacional.

Su carácter es sacerdotal y patricio, consistiendo principalmenen hacer pantomimas simbólicas y en decir palabras sacramentales, ya los litigantes, ya el magistrado : es de derecho estricto, y está reservado exclusivamente á los ciudadanos.

Reinó enteramente por espacio de más de seis siglos; sin embargo, moderado por algunas adiciones ó modificaciones graduales. Los ciudadanos empiezan por sustituirle frecuentemente, de hecho, una práctica imitada de las formas seguidas con los extrajeros. En el siglo VI de Roma, la ley EBUTIA (probablemente en el año de Roma 577 ó 583) sancionó legislativamente esta práctica y suprimió la mayor parte del sistema de las acciones de la ley. Se consumó esta supresion en tiempo de Julio César y Augusto, por las leyes de JULIA *judiciaria* (probablemente año de Roma 708 y 729), que organizan más ámpliamente el sistema siguiente. Con todo, el primitivo sistema se conservó largo tiempo en frágmentos, y entero en algunos casos excepcionales, por ficcion y en usos simulados. Esta última huella no se borró enteramente hasta Justiniano. Así pues, no hay del primer sistema al segundo transicion inmediata y reemplazo radical; se refunden el uno en el otro, extendiéndose los vestigios del primero al reinado del segundo.

En esta expresion *legis actiones*, acciones de la ley, la palabra *accion* indica una especie de procedimiento considerado en conjunto. Así, cuando se dice que hay cinco acciones de la ley, las acciones *sacramenti*, *per judicis postulationem*, *per condictionem*, *per manus injectionem* y *per pignoris capionem*, quiere decirse que hay en este sistema cinco especies de procedimientos determinados y sacramentales, cinco modos diferentes de obrar y proceder segun los casos.

### SEGUNDO SISTEMA : — *Procedimiento formulario.*

2.° El sistema del procedimiento por fórmulas, llamado tambien procedimiento ordinario (*ordinaria judicia*), que trae su orí-

gen de lo que se practicaba con los extranjeros, y por medio del cual puede decirse que se humaniza el procedimiento quiritario, de sacerdotal y exclusivamente ciudadano que era, se hace pretoriano, salvas algunas modificaciones, en los detalles aplicables á todos.

Su carácter esencial consiste en la redaccion de una fórmula (*formulæ*), cuyos elementos se discuten y fijan ante el magistrado (*in jure*), y la cual, entregada á las partes por éste, contiene el nombramiento del juez, con indicacion á este juez de los puntos, ya de hecho, ya de derecho, que han de examinar, y de la sentencia que debe dar segun el resultado de este exámen; cuya fórmula confiere al juez su mision y le marca la extension más ó ménos ámplia de sus poderes. Su forma es tal, que puede decirse con alguna exactitud que está redactada como una especie de sentencia condicional. Conforme se desarrolló el sistema formulario, aplicándose á los ciudadanos, se dividieron las fórmulas en diversas partes, que pueden encontrarse todas, ó algunas separadamente; principales las unas (*partes formularum*), y las otras accesorias (*adjectiones*). Las primeras en número de cuatro: la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio*, y en tres casos particulares sólo la *adjudicatio*. Entre las segundas, las prescripciones (*præscriptiones*), las excepciones, réplicas, dúplicas, etc.

Introducido por la práctica pretoriana, y al principio sólo con motivo de los extranjeros, extendido en seguida de hecho á los pleitos entre los ciudadanos por medio de varios artificios y de algunas analogías de expresiones que lo ligaban con las antiguas acciones de la ley y lo hacian derivar de ellas; instalado legislativamente por la ley EBUTIA, y definitivamente organizado por esas dos leyes JULIA *judiciaria*, este sistema siguió vigente desde el siglo VI de Roma hasta el XI, en tiempo de Diocleciano. No fué reemplazado absolutamente y de una vez por el tercero y último sistema, sino que progresivamente se apoyó en cierto modo en este último sistema, como se habia fundado en él el de las acciones de la ley.

En este procedimiento, la palabra *actio* designa principalmente el derecho, conferido por el magistrado, de perseguir ante un juez lo que se nos debe, habiendo tantas acciones como derechos que perseguir. En sentido figurado se le hace significar la fórmula que resume y expresa este derecho, ó el *judicium*, es decir, la instan-

cia judicial que se organiza por la fórmula. De suerte que estas tres palabras *actio, formula, judicium* se toman aquí por lo comun como sinónimas.

Mas, especialmente *actio*, no se aplica más que á las persecuciones de obligaciones ; ó en otros términos, á las acciones personales, y esto por una razon puramente histórica, y es que las fórmulas no se han usado al principio más que en materia de obligaciones. En cuanto á las reclamaciones de propiedad ú otros derechos reales, la palabra propia es la de *petitio*. En fin, se llama *persecutio* el recurso ante el magistrado para que resuelva él mismo el negocio, por autoridad propia, sin remision ante un juez, lo cual se llama *extra ordinem cognoscere*, y de aquí esta distincion trilógica, *actio*, *petitio*, *persecutio*, que se encuentra casi sacramentalmente en el formulario de la práctica romana.

TERCER SISTEMA : — *Procedimiento extraordinario.*

3.° El sistema del juicio extraordinario (*extraordinaria judicia*), que es el último, y el único existente en tiempo de Justiniano.

Su carácter esencial consiste en que no hay, segun él, diferencia entre el magistrado y el juez, nada de pantomimas ni de palabras sacramentales como en las acciones de la ley, ni redaccion ni entrega de una fórmula como en el procedimiento formulario. Las partes se citan directamente ante la autoridad competente, y esta autoridad, reasumiendo las funciones de magistrado y de juez, pronuncia la sentencia.

Este proceder, empleado únicamente como excepcion en estos casos bajo el procedimiento formulario, y calificado por lo mismo de extraordinario (*extra ordinem cognitio*), se extendió cada vez más, á medida que el régimen imperial se desenvolvia retrocediendo al poder absoluto. Una constitucion de Diocleciano (año de Roma 1047, 294 de J. C.) le hizo comun á las provincias : esta regla se generaliza en seguida en todo el imperio : algunas huellas del sistema á que sustituye se conservan al principio en apariencia y nominalmente, pero desaparece en seguida completamente; de suerte que Justiniano, para caracterizar el cambio verificado, no tiene más que decir : « Hoy todas las instancias son extraordinarias : *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia.* »

Dejando á un lado las instituciones de este Emperador todo lo concerniente á la fórmula, no consideran las acciones más que como el derecho mismo de proceder, y no las tratan más que bajo este punto de vista.

En esta época, y bajo este procedimiento, la accion considerada así como un derecho, en su significacion más general, no es más que la facultad que tenemos directamente, y sin concesion especial, de perseguir ante la autoridad judicial lo que nos pertenece ó se nos debe : sin razon, pues, toma Justiniano de los jurisconsultos del tiempo de la fórmula una definicion que ya no es exacta en su época.

### *Diferentes divisiones de las acciones.*

Para las acciones, como para todas las cosas, puede hacerse un gran número de divisiones ó clasificaciones diferentes, segun los diversos puntos de vista bajo los que se las consideren. Las principales de estas divisiones, en la época del procedimiento extraordinario, son las siguientes :

PRIMERA DIVISION.—*Acciones reales* (in rem) *y acciones personales* (in personam).—*Acciones prejudiciales.*—*Acciones que parecen mixtas, tanto* in rem, *como* in personam.

La division de las acciones en reales y personales es una division esencial y fundamental, comun á todos los sistemas de enjuiciar entre los romanos, y que debe hallarse en todos tiempos y en todas las legislaciones. Está sacada de la naturaleza de los derechos, que las acciones tienden á hacer valer. La accion real es la que se dirige á la reclamacion de un derecho real; la accion personal, la que tiende al cumplimiento de una obligacion, ó si se quiere más amplitud, la accion real es aquella por la que el demandante afirma que tiene, con exclusion de cualquiera otra persona, la facultad de disponer ó de sacar más ó ménos utilidad de una cosa corpórea ó incorpórea. La accion personal es aquella por la que el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligacion.

El nombre de accion *in rem* y de accion *in personam* les viene del sistema formulario, porque la *intentio* de la fórmula que enun-

cia el derecho pretendido, en las unas está concebida generalmente sin designacion de persona, lo cual expresan los romanos diciendo que está concebida *in rem*, al paso que en las otras, la *intentio*, para enunciar el derecho, tiene que comprender necesariamente el nombre de la persona que se pretende estar obligada, y se redacta individualmente con relacion sólo á esta persona, lo que los romanos expresaban diciendo que estaba concebida *in personam*.

Así, en resúmen, las acciones *in rem* y las acciones *in personam* traen de la naturaleza misma del derecho su division, y de la redaccion de la fórmula su denominacion, aunque en el fondo domine la naturaleza del derecho.

La accion *in rem* se aplica á todas las especies de derechos reales: á la propiedad, el más extenso de todos; á sus diversos desmembramientos, ó derechos de usufructo, de servidumbre, de enfitéusis, de superficie; á los derechos de prenda ó de hipoteca; como tambien á los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, y otros de esta naturaleza relativos al estado de las personas.

Cuando tiene por objeto la reclamacion de la propiedad de una cosa corpórea, lleva el nombre especial de *rei vindicatio*, que se deriva del sistema de las acciones de la ley.

Cuando tiene por objeto la reclamacion de un derecho de usufructo ó cualquiera otra servidumbre, se divide en dos especies, tomando para cada una de ellas una denominacion particular: *actio confessoria*, cuando el demandante sostiene un derecho de servidumbre sobre una cosa perteneciente á otra; *actio negatoria* ó *negativa*, cuando el propietario de una cosa sostiene que un derecho de servidumbre, que pretende su adversario, no existe. Para la propiedad plena y completa, una fórmula negativa, en que se limitase á negar que el adversario era propietario, sería ridícula y no conduciria á nada. Si sucede de otro modo en las servidumbres, consiste en que en el fondo, respecto á ellas, la fórmula negatoria viene siendo una verdadera afirmacion de derecho. La accion confesoria y la accion negatoria tienen de particular que pueden ejercerse hasta por el que está en cuasi posesion del derecho reclamado, por el solo motivo de ser perturbado ó amenazado en su posesion, ó de temer serlo.

Cuando la accion *in rem* tiene por objeto la reclamacion de una calidad ó de un derecho relativo al estado de las personas, tales como los de libertad, de ingenuidad, de paternidad, etc., toma un

carácter especial, y el nombre de accion prejudicial (*præjudicialis actio*). Bajo el sistema formulario, la accion prejudicial tenía de particular que su fórmula no contenia condena; el juez, pues, no tenía que condenar ó absolver al demandado, sino sólo reconocer y declarar por su sentencia la existencia, ya de un hecho, ya de un derecho, que se hacía desde entónces judicialmente cierto, y del que las partes deducirian más tarde, en caso de necesidad, todas las consecuencias legales. Lo referente á la redaccion de la fórmula desapareció en tiempo de Justiniano; pero fuera de esta redaccion que no tiene lugar, el carácter de la accion subsiste el mismo.

A esta division de acciones reales (*in rem*) y de acciones personales (*in personam*), añaden las Instituciones de Justiniano, como formando un tercer miembro, acciones que parecen ser mixtas en el sentido de que son tanto *in rem* como *in personam;* á saber, las acciones de particion de herencia (*familiæ erciscundæ*), de particion de una cosa comun (*communi dividundo*), y señalamiento de límites (*finium regundorum*); pero en realidad estas acciones son personales (*in personam*), porque persiguen el cumplimiento de una obligacion, y así están calificadas áun en los textos de Justiniano. En cuanto á la época del sistema formulario, era absolutamente imposible que la *intentio* de la fórmula estuviese concebida á la vez generalmente (*in rem*) é individualmente contra tal persona (*in personam*), y por consiguiente que no existen acciones tanto *in rem* como *in personam*. La idea que parece condujo á los redactores de las instituciones de Justiniano á dar esta calificacion á las tres acciones que acabamos de indicar, es que son las tres únicas acciones en las que puede haber á la vez *adjudicacion* y *condena;* es decir, atribucion de la propiedad de todo ó parte de las cosas, y prestacion por parte de las personas.—Aun en este sentido, la expresion *in rem* no es exacta, si se la quiere tomar en su significacion técnica, porque el resultado de una accion *in rem* es el reconocimiento de una propiedad preexistente; al paso que la adjudicacion que contienen las tres acciones de que se trata es la atribucion de una propiedad nueva, creada por la sentencia misma.

SEGUNDA DIVISION.—*Acciones civiles; acciones pretorianas.*

Esta division de las acciones está tomada de la autoridad que las estableció: division existente por todas partes en la legislacion

romana entre el derecho civil y derecho pretoriano, y que aplicada á las personas, á la propiedad, á las sucesiones, á las obligaciones, se la vuelve á encontrar todavía al tratar de las acciones.—La accion civil es la que está fundada en una ley, un senado-consulto, una constitucion ó cualquiera otra fuente de derecho civil: la accion pretoriana, la introducida por el edicto del pretor.—En tiempo del sistema formulario, los dos principales medios empleados por los pretores para investir de acciones los casos no sancionados por el derecho civil, habian sido, ya de fundar una fórmula sobre una hipótesis ficticia (*fictitiæ actiones*), ya, con más frecuencia todavía, de redactarla *in factum*, es decir, con una *intentio* que fijaba la cuestion al juez, no como una cuestion de derecho, sino como una cuestion de hecho (*actiones in factum conceptæ*). Aunque en tiempo de Justiniano no hubiese semejantes redacciones, sin embargo, han dejado sus huellas en la definicion y en la exposicion de las diversas acciones pretorianas.

El pretor ha creado de este modo, ya acciones *in rem*, ya acciones *in personam*.

Entre las acciones *in rem* pretorianas se cuentan principalmente:

Como acciones ficticias, las dos acciones Publicianas y la accion Pauliana, fundadas, la primera (*Publiciana actio*) en la hipótesis ficticia de que una usucapion que no se habia cumplido, lo habia sido; la segunda, calificada por los comentadores de *Publiciana rescisoria*, en la hipótesis inversa, es decir, la hipótesis de que una usucapion que se habia consumado, no lo habia sido; y la tercera (*Pauliana in rem*, igualmente *rescisoria*), en la hipótesis ficticia de que una enajenacion hecha por el deudor en fraude de sus acreedores no habia tenido lugar. Es preciso no confundir con esta última otra accion *Pauliana*, que es personal (*in personam*), que vino más tarde, y que, aunque tiende á un fin análogo, se diferencia, sin embargo, esencialmente de ella.

Como acciones redactadas *in factum*: la accion *Serviana*, dada al locator de un fundo rústico para perseguir contra todo detentador el ejercicio de su derecho de prenda, sobre las cosas expresamente empeñadas por el colono para la seguridad del pago de los alquileres,—y la accion *quasi Serviana*, ó *hypothecaria*, para la persecucion de cualquier otro derecho de prenda ó de hipoteca.

Entre las acciones pretorianas *in personam*, puede citarse: la accion *de pecunia constituta*, en que Justiniano ha refundido la an-

tigua accion civil *receptitia ;* las acciones *de peculio*, *de jurejurando;* las acciones penales contra la alteracion del álbum (*de albo corrupto*), contra la *vocatio in jus* de un ascendiente ó de un patrono sin autorizacion, contra las violencias y los obstáculos opuestos al ejercicio de una *vocatio in jus*, y otras muchas.

TERCERA DIVISION : *Acciones persecutorias de la cosa; acciones de una pena, ó penales; acciones persecutorias á la vez de una cosa y de la pena, ó mixtas.*

Esta division de las acciones se deduce del fin hácia que se dirige la accion, ó más bien de la naturaleza de la utilidad que el demandante debe sacar de ella. — La pena de que aquí se trata, no es una pena pública reclamada é impuesta en nombre de la sociedad. Estas acciones penales no son más que acciones de derecho privado ; pero que comprenden, á título de pena privada, y en utilidad del demandante, una condena pecuniaria ademas de lo que se le debe como restitucion ó como reparacion del perjuicio por él sufrido.

En el número de las acciones persecutorias de la cosa (*rei persequendæ causa*) están todas las acciones *in rem*, y casi todas las que dimanan de los contratos. Con todo, la accion no tiene siempre este carácter, por ejemplo, en la accion de depósito necesario.

Son persecutorias de una pena (*pœnæ persequendæ causa*) várias de las acciones que nacen de los delitos ; tales como la accion de hurto manifiesto y no manifiesto.

En fin, son mixtas (*tam pœnæ quam rei persequendæ causa*) otras acciones procedentes de delitos : como la accion *vi bonorum raptorum*, y la de *ex lege Aquilia*. — La accion de depósito necesario, aunque dirigida contra el mismo que ha recibido el depósito ó contra su heredero personalmente culpable de dolo, es tambien mixta, porque se da en el duplo. Lo mismo sucede con la accion contra los que esperan ser citados ante el juez para entregar á las santas iglesias ú otros sitios piadosos las cosas que se les han dejado á título de legados ó de fideicomisos; porque se da igualmente en el duplo.

CUARTA DIVISION : *Acciones en el tanto, en el duplo, en el triple ó en el cuádruplo.*

Las acciones, en esta cuarta division, están consideradas bajo una relacion aritmética entre el importe de la condena y un término de interes que sirve de unidad, y que, en ciertos casos, se trata de duplicar, de triplicar ó de cuadruplicar. Este término de unidad, en el fondo, es el valor real de la causa; es decir, el verdadero interes á que tiene derecho el demandante. Bajo el sistema formulario es probable que fuese preciso tomarle tal como estaba formulado en la *intentio*, y que la proposicion se estableciera entre la *intentio* y la *condemnatio*.

Son en el tanto, por ejemplo, las acciones que se dan en la estipulacion, en el *mutuum*, en la venta, en el arrendamiento, en el mandato y otros.

Son en el duplo, inmediatamente y por sí mismas, las acciones *furti nec manifesti* y *servi corrupti;* —son en el duplo, pero sólo en el caso de denegacion, la accion *ex lege Aquilia*, la del depósito necesario; y áun en el caso de simple retraso en la entrega, la accion *ex legato quod venerabilibus locis relictum est.*

Es en el triple la *condictio ex lege* dada por Justiniano en los que, en el *libellus conventionis*, especie de acto de asignacion, han exagerado su demanda.

Son en el cuádruplo las acciones *furti manifesti, quod metus causa;* la relativa á las sumas pagadas para suscitar un proceso por fuerza ó sutileza, ó recibidas para abandonar semejante proceso: y la *condictio ex lege* dada por Justiniano contra los *executores litium* (especie de porteros), que hubiesen exigido de los demandados más de lo debido.

QUINTA DIVISION : *Acciones de buena fe, acciones de derecho estricto, acciones arbitrarias.*

Esta division se ha sacado, durante el sistema formulario, de la naturaleza y la extension de los poderes conferidos al juez por la fórmula.

Accion de derecho estricto (*stricti juris*) es aquella en que la fórmula fija al juez una cuestion de derecho civil á la que está estrictamente ceñido, sin poder tomar en consideracion ninguna circunstancia de equidad ó de buena fe, fuera de los principios de este derecho.

Accion de buena fe (*bonæ fidei*), bajo este sistema, es aquella en que el juez, por medio de estas expresiones EX FIDE BONA, ú otras equivalentes, está encargado por la fórmula á condenar ó absolver segun la buena fe. En su consecuencia: 1.°, todo hecho de dolo de una de las dos partes debe tomarse en consideracion por el juez; de donde se sigue que toda excepcion deducida de un principio de buena fe está inherente y como sobreentendida en ella; 2.°, todo lo que es de uso comun en las costumbres y en la práctica debe suplirse de oficio por el juez; 3.°, el juez debe hacer compensacion de lo que las partes se deben recíprocamente la una á la otra, como consecuencia del mismo negocio (*ex eadem causa*); 4.°, los frutos de las cosas debidas ó los intereses, si se trata de cantidad de dinero, son de cuenta del deudor, á partir desde su morosidad.

En fin, la accion arbitraria (*actio* ó *formula arbitraria*) es aquella en que el juez, por medio de estas expresiones NISI RESTITUAT, ú otras semejantes, recibe por la fórmula el poder de dar, ántes de la sentencia, una órden prévia (*jussus* ó *arbitrium*), por la cual, apreciando *ex æquo et bono* la restitucion, ó más generalmente, la satisfaccion debida al demandante, manda al demandado hacer esta restitucion ó dar esta satisfaccion; de suerte que si el demandado obedece y ejecuta esta órden de grado ó por fuerza (*manu militari*), es absuelto; si no, es condenado á una suma determinada por la apreciacion del juez, ó más frecuentemente, por el juramento del demandante.

En tiempo de Justiniano, lo concerniente á la redaccion de la fórmula ya no existia; pero subsistieron los principios.

Por regla general, las acciones son de derecho estricto.

Las acciones de buena fe son la excepcion, y para indicarlas se procede tambien por enumeracion. Justiniano cita como tales en su época las acciones de tres contratos reales: *commodati, depositi, pigneratitia;* — Las de los cuatro contratos consensuales, *ex empto-vendito, locato-conducto, pro socio, mandati;* — Las de los cuatro cuasi-contratos, de los cuales dos son análogos á la socie-

dad, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo;* y dos análogos al mandato, *negotiorum*, *gestorum*, *tutelæ;* — La accion *præscriptis verbis*, procedente de la permuta (*ex permutatione*), y del contrato estimatorio (*de æstimato*), lo que creemos deberse haber generalizado y extendido á todos los casos de la accion *præscriptis verbis;* — Entre las acciones reales, la *hereditatis petitio*, que Justiniano, para resolver las dudas suscitadas con este motivo, decide que deben comprenderse entre las acciones de buena fe. — En fin, la accion *ex stipulatu* en restitucion de la dote, en la cual funda Justiniano la antigua accion *rei uxoriæ*, suprimida por él, y á la cual, contra los principios ordinarios de la estipulacion, atribuye el carácter de accion de buena fe que tenía la accion *rei uxoriæ*.

La fórmula arbitraria forma un género aparte, especialmente peculiar de las acciones *in rem;* siendo indispensable, bajo el sistema formulario, para evitar los inconvenientes del principio de que toda condena es pecuniaria. Por medio de la órden prévia de restitucion, ejecutada, en caso de necesidad (*manu militari*), el demandante era reintegrado en su misma cosa, cuando era posible. Por consiguiente, son arbitrarias todas las acciones reales, tanto civiles, como la *rei vindicatio*, las acciones *confesoria* y *negatoria*, cuanto pretorianas, como las acciones *Publiciana*, *Serviana*, *quasi-Serviana*. Ademas, entre las acciones personales civiles, las *ad exhibendum* y *finium regundorum;* entre las acciones personales pretorianas, las *quod metus causa* y *de dolo malo*, porque estas cuatro acciones tienen un carácter restitutorio ó exhibitorio; y tambien en la accion *de eo quod certo loco*, que presenta una circunstancia especial. Es cuestion saber si las acciones noxales se hacian arbitrarias sólo por la cualidad de ser noxales.

### SEXTA DIVISION : *Acciones directas y acciones indirectas.*

La accion *directa* es la que se da contra una persona por las obligaciones procedentes de sus propios actos, ó de los actos de aquella á quien sucede.

Accion *indirecta* es la que se da contra una persona en razon de los hechos de otro, principalmente de sus esclavos ó de sus hijos de familia ; pudiendo aplicarse á las obligaciones nacidas de contratos ó cuasi-contratos, de delitos ó cuasi-delitos.

Para las obligaciones procedentes de contratos ó cuasi-contra-

tos, el principio del derecho civil es que el jefe de familia no está obligado por los hechos de sus esclavos ó de sus hijos de familia; pero el derecho pretoriano introdujo las diversas acciones indirectas *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, *de peculio* y *de in rem verso*.

Puede decirse de la mayor parte de estas acciones, especialmente de las calificadas de *institoria*, *exercitoria*, *de peculio* y *de in rem verso*, que son más bien que acciones propiamente dichas, calificaciones, atributos, que pueden tomar las diversas acciones procedentes de los diversos contratos ó cuasi-contratos. Así la accion de venta, de compra, de arrendamiento, de sociedad, será, segun el caso, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio* y *de in rem verso*, cuando estos contratos emanan de un *institor*, de un *exercitor*, de un esclavo ó de un hijo de familia.

Para las obligaciones que nacen de delitos ó cuasi-delitos de las personas *alieni juris*, ha creado el mismo derecho civil el principio de las acciones que se dan contra el jefe, y que se llaman acciones noxales.

### SÉPTIMA DIVISION : *Acciones noxales ; accion* de pauperie.

Se llama noxal una accion, cuando deja á aquel contra quien se dirige la facultad de librarse de la obligacion procedente de un delito, de un cuasi-delito, ó de un perjuicio causado, abandonando la persona que le ha cometido ó el animal que le ha ocasionado.

Las acciones noxales se derivan, no del derecho pretoriano, sino del derecho civil, y están basadas en la consideracion de que el jefe de familia debe estar obligado, por lo ménos hasta el valor de su derecho de propiedad sobre el individuo autor del delito, ó sobre el animal, causa del perjuicio.

La condena está modificada por estas palabras: «AUT NOXÆ DEBERE», que dejan al demandado la alternativa de pagar, ó si le parece mejor, de libertarse haciendo el abandono noxal. Tal vez la misma *intentio* de la fórmula estaba modificada ella misma por esta adicion, NEQUE NOXÆ DEBAT; lo cual hubiera hecho cualquiera otra accion noxal arbitraria, por lo ménos en el sentido de que la fórmula habia dado formalmente al juez la mision de absolver al reo si abandonaba la cosa ántes de la sentencia.

Hablando de las acciones noxales, debe decirse que éste epíteto de *noxales* designa únicamente una cualidad, un atributo, con que pueden ser revestidas las diversas acciones nacidas de delitos ó cuasi-delitos; así, las acciones *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriæ*, *ex lege Aquilia*, y otras semejantes, se hacen *noxales* cuando se dan contra el jefe de familia, por el hecho de su hijo ó de su esclavo.

La accion *de pauperie*, que viene de las Doce Tablas, y que se da contra el propietario de un animal para la reparacion del daño causado por éste, es una accion particular, con su existencia propia, que ademas tiene la cualidad de noxal.

### Octava division: *Acciones perpétuas y acciones temporales.*

Las acciones se consideran aquí relativamente á su duracion. Ya no se trata de la duracion de la instancia, una vez que la accion ha sido intentada, sino de la duracion del derecho mismo de proceder, contando desde el momento en que nace este derecho. Así consideradas las acciones, son perpétuas ó temporales.

Antes del Bajo-Imperio la expresion perpétua se tomaba á la letra, designando una duracion infinita. Eran perpétuas, en general, y salvas algunas raras excepciones, las acciones civiles, es decir, fundadas en una ley, un senado-consulto, una constitucion ó cualquiera otra fuente de derecho civil.—Eran temporales, limitándose por lo comun su duracion á un año, la mayor parte de las acciones pretorianas, es decir, fundadas solamente en el edicto del pretor. Sin embargo, el pretor habia creado tambien acciones perpétuas, y tuvo en cuenta la regla siguiente en esta materia: limitó á un año de duracion las acciones penales inventadas por él, ó las acciones persecutorias de la cosas, pero contrarias al derecho civil, tales como las acciones rescisorias, al paso que hizo perpétuas las de las acciones penales, tales como la accion *furti manifesti*, y generalmente las acciones persecutorias de la cosa, que se daban más bien por imitacion, por correctivo ó como suplemento, que en contradiccion del derecho civil.

Segun unas constituciones del Bajo-Imperio, toda accion, ya real, ya personal, se extingue por treinta años de no ejercicio: el término más largo es el de cuarenta años para un pequeño número de casos excepcionales. Así en tiempo de Justiniano no hay ver-

daderamente accion perpétua; pero se ha conservado este epíteto para indicar las acciones de treinta años (que ántes eran perpétuas), por oposicion á aquellas cuya duracion está limitada á un tiempo más corto.

### NOVENA DIVISION: *Acciones transmisibles é intransmisibles á los herederos ó contra los herederos.*

El heredero, al continuar la persona jurídica del difunto, recoge, en general, todas sus acciones, tanto las que tenía el difunto como las que habia contra él.

Sin embargo, se exceptúan ciertos casos en los cuales el derecho del difunto ó su obligacion tiene un carácter enteramente individual y está como adherido á su persona física.

Así de las acciones del difunto las que tenian por objeto la proteccion de derechos enteramente personales, como el usufructo, el uso, la habitacion, no pasan á los herederos, como tampoco la accion de injurias, la de testamento inoficioso, y en general, las que son un ejercicio de resentimiento personal.

En cuanto á las acciones que habia contra el difunto, siendo la criminalidad exclusivamente personal y efecto del delito, las acciones penales, procedentes de los hechos del difunto, no se dan, en cuanto á la persuasion de la pena áun privada, contra los herederos; y sólo se da contra aquéllos en lo que el delito del difunto haya podido enriquecerlos.

Pero si la *litis contestatio* ha tenido lugar viviendo el difunto, toda accion se convierte en un derecho adquirido, transmisible en contra de los herederos ó en favor.

### *Sentencia.—Condena.*

La sentencia contiene condena ó absolucion del demandado. En ciertos casos, los de las tres acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, comprende, ó puede comprender además, adjudicacion, y tiene de particular la condena, que puede pronunciarse aquí contra cualquiera de las partes.—En fin, en las acciones prejudiciales, la sentencia no contiene ni condena ni absolucion, sino sólo comprobacion de la existencia ó no existencia de un derecho ó de un hecho.

La condena, bajo el sistema de las acciones de la ley, podia alcanzar directamente á la cosa, objeto del litigio.—Bajo el sistema formulario era siempre pecuniaria.—En el procedimiento extraordinario, y especialmente en tiempo de Justiniano, se vuelve á lo que se practicaba en las acciones de la ley: la condena puede recaer directamente sobre la misma cosa litigiosa, y así puede ser una cantidad pecuniaria cierta (*certæ pecuniæ*), ó una cosa (*rei*).

*Plus-peticion y otros errores en la demanda.*

Era una consecuencia forzosa de los principios del procedimiento formulario que á la exageracion á la demanda, en otros términos, la plus-peticion (*pluris-petitio*) debia acompañar absolucion del demandado, y por consiguiente, nulidad de accion para el demandante, ya *ipso jure*, ya *exceptionis ope*, de todo ejercicio ulterior de la misma accion: *causa cadebat*, segun la expresion usada entónces.

En tiempo de Justiniano ya no sucedia así, y los efectos de la plus-peticion son ménos peligrosos para el demandante.

Se puede pedir más de lo debido en cuatro modos: respecto de la cosa pedida, del tiempo, del lugar, y en fin, del modo de la obligacion; por ejemplo, cuando es alternativa y se pide uno solo de los objetos que comprende; cuando es de género (*generis*) y se pide un objeto determinado (*speciem*). Los romanos expresan estas cuatro especies de plus-peticion en estas cuatro palabras: *re, tempore, loco, causa.*

Segun una constitucion del emperador Zenon, el demandante ántes de tiempo (*qui tempore plus petit*) debe sufrir un plazo doble del primitivo, sin poder reclamar los intereses vencidos en el intervalo, y con obligacion, si quiere renovar su accion, de reembolsar al demandado todos los gastos ocasionados por la primera instancia.

Segun Justiniano, cualquiera otra plus-peticion se reprime por la obligacion impuesta al demandante de pagar al demandado el triple de los perjuicios que la exageracion de la demanda ha podido causar á éste; especialmente el triple del excedente de los derechos que se haya visto obligado á dar á los *executores* ó porteros.

Los demas errores en la demanda, como la demanda en ménos, ó la demanda de una cosa por otra, son de ningun peligro para el

demandante, en el sentido de que pueden repararse en la instancia misma.

*Causas que pueden disminuir el importe de la condena.—Compensacion.*

La condena puede no ser en la totalidad de la cosa debida por varios motivos.

Desde luégo esto es una consecuencia de las compensaciones que expone Modestino: «*Debiti et crediti inter se contributio*», y cuya utilidad y fundamento explica Pomponio en estas palabras: «*Ideo compensatio necesaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*»

Hay que distinguir bien bajo el sistema formulario tres especies distintas de compensacion:

1.° La compensacion de las acciones de buena fe, que tiene lugar sin intervencion del magistrado ni concesion especial, para las obligaciones procedentes de la misma causa (*ex eadem causa*), áun de objetos distintos (*ex dispari specie*), y cuyo efecto es dar al juez la facultad de no condenar al demandado más que al pago del resto:

2.° La compensacion de las acciones del *argentarius* ó banquero, traficante en dinero, que debe verificarse por el *argentarius* mismo, y que tiene lugar para las obligaciones procedentes de causas diversas (*ex dispari causa*), mas para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie*), y cuyo efecto es hacer decaer de su derecho por causa de plus-peticion al *argentarius* que ha descuidado hacerla él mismo en la demanda:

3.° La compensacion en las acciones de derecho estricto intentada por todos, que no se opone sino por medio de una excepcion de dolo, que tiene igualmente lugar en las obligaciones procedentes de causas distintas, mas por objetos de la misma especie y fungibles (*ex pari specie, et dispari causa*), y cuyo efecto es hacer perder el derecho á consecuencia de la justificacion del dolo al demandante que no la ha hecho por sí, ó propuesto por un *proscriptor*, ó que ha rehusado ántes de la *litis contestatio* tomarla en consideracion.

Unas y otras, por lo demas, cuando se admiten, obran *ipso jure*, en el sentido de que tienen un efecto retroactivo, que se re-

fiere, para calcular el resto, al instante mismo de la coexistencia de ambos créditos recíprocos.

Justiniano suprimió la necesidad de la excepcion *de dolo*, y por consiguiente, generalizó é hizo comun á todos lo que habia tenido lugar ántes, especialmente para los *argentarius*. Pero al dar esta aptitud á la compensacion, que se verificaba ántes *ex dispari causa et pari specie*, exige ademas que ambos créditos fuesen ciertos (*jure aperto*) y líquidos (*cum causa liquida*). Quiso tambien, por respeto á la fidelidad debida al depósito, que no pudiese tener lugar la compensacion en la accion *depositi*. Por otra parte, á consecuencia de la abolicion de las fórmulas y de las reglas sobre la caducidad, es el juez el que, no haciéndolo el demandante, hace la compensacion y disminuye la condena.

### *Condena* in id quod facere potest, *ó, segun la expresion de los comentadores, beneficio de competencia.*

En ciertos casos se ha concedido al deudor la ventaja de no poder ser condenado sino en lo que sus facultades le permitan (*in id quod facere potest*), lo que por interpretacion de la jurisprudencia lleva consigo la idea de que se le deje lo suficiente para no ser reducido á la última miseria (*ne egeat*).

En el sistema del procedimiento formulario hacía saber el deudor esta ventaja bajo forma de restriccion puesta á la condena, *duntaxat in id quod facere potest* CONDEMNA, y en consecuencia, los romanos le daban el título de *exceptio quod facere potest*. Los comentadores la designan con el nombre bastante bárbaro de *beneficio de competencia*.

Compete este beneficio á los ascendientes perseguidos por sus descendientes; á los hermanos entre sí; al patrono, su mujer, sus hijos y descendientes demandados por sus libertos; á los esposos entre sí; á los socios procediendo uno contra otro por la accion *pro socio;* al donante atacado por el donatario en cumplimiento de su donacion; habiendo de particular en este caso que el patrimonio se calcula en él, deducidas las deudas del donante respecto á los demas acreedores, para que el donatario no se aproveche de la libertad sino despues de pagadas las deudas (*et quidem is solus deducto œre alieno*); al que hace cesion de bienes y á otros varios.

## TITULUS XIII.

### DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio quo acto experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

## TÍTULO XIII.

### DE LAS EXCEPCIONES.

Despues de las acciones deben examinarse las excepciones, las cuales se dan como medio de defensa á aquellos contra quienes se dirige la accion. Sucede, en efecto, muchas veces que la accion del demandante, aunque fundada en derecho, es injusta respecto á la persona atacada.

Hemos indicado ya el orígen y la naturaleza de las excepciones entre los romanos, las cuales fueron una consecuencia natural del procedimiento por fórmulas y de la division de las funciones judiciales entre el magistrado decidiendo el derecho, y el juez decidiendo el negocio. Su verdadero carácter no existe en toda su integridad, no se comprende bien más que en este sistema. Ya en tiempo de Justiniano se desnaturalizó este carácter, porque el procedimiento por fórmulas no estaba en uso: así, pues, nos verémos precisados á referirnos incesantemente al sistema de las fórmulas para explicar bien las excepciones.

El magistrado encargado de decidir el derecho, ó segun la expresion consagrada, encargado de la jurisdiccion, por lo regular el pretor, cuando se le pide la accion, y en consecuencia, la fórmula que debe arreglarla con remision ante el juez, debe tener, ya que negar, ya que conceder esta accion. Debe negarla, si segun las reglas del derecho, no existe accion; es decir, si segun las reglas del derecho, los hechos alegados, áun teniéndolos por ciertos, no constituyen una obligacion, no producen accion; ó bien si la accion ha cesado de existir y se ha extinguido en derecho. Esta cuestion de saber si hay accion ó no la resuelve sólo el magistrado. Si no da accion, todo queda concluido; no ha lugar á defensa ni á ninguna excepcion, y no se va ante el juez.

Si, por el contrario, da la accion, entónces extiende la fórmula acomodándola á las partes, y las envia ante el juez, y en este caso pueden ser necesarias las excepciones. En efecto, sabemos que la pretension del demandante, que es el fundamento de la accion, se halla resumida en esta parte de la fórmula, que se llama *intentio*, y que el juez está encargado de examinar si esta *intentio* es fun-

dada, y de condenar ó absolver, segun que lo es ó no. Si el demandado no pretende defenderse sino por la contradiccion de la *intentio*, negando que sea fundada, por ejemplo, en la accion personal: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, negando que deba diez mil sextercios á Aulo Agerio; ó en la accion real, SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE, negando que el esclavo pertenezca á Aulo Agerio, no hay nada de particular que añadir á la fórmula, y esta contestacion hace las veces de derecho ante el juez, pues que está encargado de examinar si la *intentio* está fundada ó no; y decidir en su consecuencia.

Pero puede suceder que el pretor haya tenido que dar la accion por existir segun el derecho civil; que la *intentio* esté fundada en derecho estricto; que la condena debiera ser su consecuencia; y que, sin embargo, á causa de alguna circunstancia particular alegada por el demandado, esta condena, si habia tenido lugar, sería inícua y contraria á la equidad; por ejemplo, si el demandado pretende que su promesa, ó que el acto de enajenacion le ha sido arrancado por dolo ó por violencia; ó que es contrario á alguna regla establecida, ya por el pretor, ya por la jurisprudencia; por ejemplo, cuando hay ya cosa juzgada en un caso en que el derecho primitivo no se ha extinguido *ipso jure* por la sentencia.

Si hubiese entrado en la mision del juez recibir la alegacion de estos hechos, apreciarlos y tomarlos en consideracion, no hubiera tenido necesidad el pretor de añadir nada de particular respecto de esto en la fórmula; pero no sucedia así. En la mayor parte de las acciones, si nada se habia añadido á la fórmula, no dejaba al juez otra mision que la de comprobar la *intentio*, y si estaba fundada en derecho, la de condenar, sin poder ocuparse de ninguna otra alegacion de equidad. En su consecuencia, el demandado para hacer que se adjudiquen al juez poderes suficientes, al tiempo del relato ante el pretor, relativamente á la accion y á la fórmula, presentaba su alegacion á este mismo magistrado á fin de que la insertase en la fórmula, de modo que diese al juez órden de examinarla y tomarla en consideracion. Al pretor tocaba decidir si se debia conceder ó no al demandado este medio de defensa; y si se hallaba que podia concederse, lo hacía en la fórmula bajo la forma de excepcion, es decir, exceptuando, ya de la pretension anunciada en *intentio*, ya de la condena que debia pronunciarse,

el caso en que hubiese habido, por ejemplo, dolo, violencia, ó cualquier otro hecho alegado por el demandado. Así la excepcion era verdaderamente, y en toda la propiedad etimológica de la palabra, una excepcion, una restriccion puesta por el pretor, ya á la *intentio*, ya á la *condemnatio* (1). Ya hemos explicado cómo versaba, ya sobre una, ya sobre otra de las partes de la fórmula.

Todas las excepciones dice Gayo que están concebidas en forma de negativa, porque el demandado afirma el hecho que sirve de fundamento á la excepcion, y la condena sólo debe tener lugar si este hecho *no es cierto*. «*Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is cum quo agitur*» (2). Por la razon contraria, la *intentio* está concebida siempre en forma afirmativa, porque el demandante afirma el hecho que le sirve de fundamento, y la condena no debe tener lugar más que si este hecho *es cierto*. Así el demandante Aulo Agerio afirma que el demandado Numerio Negidio le debe por estipulacion diez mil sextercios, y exponiendo éste que ha habido dolo en el asunto, la *intentio* se concebirá de este modo, afirmativamente: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; y en seguida la excepcion concebida negativamente: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT (si no ha habido ó si no hay ningun hecho de dolo por parte de Aulo Agerio) CONDEMNA, etc.

Por esto se ve, como nos dice tambien Gayo, que toda excepcion está inscrita en la fórmula sobre la alegacion del demandado, para hacer la condena condicional: «*Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formŭlæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem*» (3), en el sentido de que no debe tener lugar la condena más que si el hecho sobre que descansa la excepcion no está justificado.

Sentada así la fórmula, vemos cuál es el oficio del juez, no debiendo condenar sino cuando ante todos los hechos sobre que descansa la *intentio* están probados. El demandante es el que afirma estos hechos y el que desde luégo tiene que probarlos; porque la

(1) «Exceptio dicta est quasi quædam exclusio..... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.» (Dig. 44. 1. 2. pr. f. de Ulp.)

(2) Gay. 4. 119.

(3) Ibid.—Sabemos, con todo, que hay algunas excepciones que no hacen más que limitar el importe de la condena.

circunstancia de hacer insertar el demandado una excepcion en la fórmula no es una aquiescencia á la *intentio*. «*Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur*» (1). Si el demandante no prueba su *intentio*, el demandado no necesita ninguna otra defensa, ni debe tener lugar la condena (2). Pero si se prueba la *intentio*, entónces se llega á los debates de la excepcion (3). El juez no debe condenar sino cuando los hechos en que se apoya la excepcion no están justificados, debiendo el demandado afirmar estos hechos y probarlos : «*Qui excipit, probare debet quod excipitur*», dice Celso (4); y Ulpiano enuncia el mismo principio bajo una forma más elegante : «*Reus in exceptione actor est*» (5), el demandado, en su excepcion, se convierte en demandante.

En resúmen, vemos que así como el magistrado diciendo el derecho (*jurisdictionem habens*) da la accion al demandante, de la misma manera adapta la excepcion al demandado; que así como el juez está encargado por la fórmula de examinar si la accion del demandante está fundada ó no, así está encargado de examinar si la excepcion del demandado lo está ó no.

De este modo, el magistrado decide si ha lugar en derecho á dar ó á negar la accion ó la excepcion, sin prejuzgar nada sobre su mérito. El juez examina si están justificadas ó no. El primero regula el negocio en derecho : el segundo lo decide.

Vemos tambien que la necesidad de insertar en la fórmula, en forma de excepcion á la pretension enunciada en la *intentio*, ciertos hechos alegados por el demandado, procede de que sin esto el juez no tendria el derecho de ocuparse de ellos y tomarlos en consideracion. Por consiguiente, si la naturaleza de la accion es tal que por sí misma dé al juez poder suficiente para tomar ciertos hechos en consideracion, es inútil insertar estos hechos como excepcion en la fórmula; que es lo que tiene lugar en las acciones de buena fe, como explicamos más arriba. Encargado especialmente el juez por la fórmula de estas acciones de examinar si la *intentio* está fundada EX BONA FIDE, es decir, no segun el derecho estric-

---

(1) Dig. 41. 1. 9. f. de Marcel.
(2) Cod. 8. 36. 9. const. de Diocl. y Maxim.
(3) Ibid.
(4) Dig. 22. 3. 9.
(5) Ibid. 44. 1. 1. — De aquí nos viene el adagio vulgar : *Reus excipiendo fit actor*.

to, sino segun la buena fe, tiene por lo mismo la mision de tomar en consideracion los hechos que hiciesen la pretension del demandante contraria á la equidad. Tambien las excepciones de dolo, de violencia, y otras fundadas en la buena fe son supérfluas aquí, subentendiéndose siempre en las acciones de buena fe. « *Doli exceptio inest de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis* », nos dice Ulpiano (1). Asimismo nos dice Juliano, hablando de la accion de venta: « *Quia hoc judicium fidei bonæ est, continet in se doli mali exceptionem* » (2).

En fin, ¿en qué casos tal hecho alegado por el demandado debia hacer que se rehusase la accion totalmente; en qué casos debia hacer que se insertase sólo una excepcion en la fórmula? Esto consistia, segun los principios de derecho romano, en el modo con que tomaban orígen ó se extinguian los derechos reales y las obligaciones, principios que hemos expuesto ya más arriba. Esto dimanaba especialmente de que en derecho estricto ciertos hechos se consideraban como privados del poder de extinguir la obligacion, y por consiguiente, la accion; al paso que el pretor, á fin de corregir este rigor civil, queria, al dar la accion, que no se condenase, si se probaban estos hechos. Así que el demandante solicite la accion para un caso de estipulacion inútil, el pretor, si el hecho de nulidad es constante y reconocido, negará completamente la accion, porque en este caso no hay obligacion, ni por consiguiente accion, y en caso de necesidad, el juez deberá absolver. Si la solicita, por el contrario, para una estipulacion viciada por dolo, no deja de existir por eso segun el derecho, y el pretor dará la accion; pero poniendo la excepcion de dolo. Lo mismo si el demandante solicita la accion para una estipulacion en la cual ha habido aceptilacion, el pretor, si el hecho de la aceptilacion es constante, negará la accion, porque, segun el derecho civil, la aceptilacion la ha extinguido completamente, y en caso de necesidad, el juez absolverá. Si, por el contrario, ha habido simplemente un pacto por el cual el acreedor ha hecho sin solemnidad remision de la deuda, como en derecho la accion de estipulacion no queda extinguida por esto, la dará el pretor, pero incluirá en ella la excepcion del pacto.

---

(1) Dig. 24. 3. 21. in fin.
(2) 30. 1. 84. § 5.

Otra circunstancia podia hacer necesario el uso de la vía de excepcion, áun en ciertos casos en que el hecho alegado por el demandado fuese de tal naturaleza que se rehusase la accion; y entónces habia duda y contestacion sobre este hecho, y el pretor en este caso, para no tomar sobre sí la incumbencia de examinar las pruebas, de oir los debates y de decidir su existencia ó no existencia, daba la accion, pero incluyendo en forma de excepcion el hecho contestado, cuya comprobacion se remitia de este modo al juez. Verémos un ejemplo de esto al tratar del juramento en el § 4 de este título. Otro tenemos con motivo del beneficio de division entre muchos fiadores, de los que uno ó varios son insolventes, circunstancia que hace denegar la accion ó conceder simplemente una excepcion, segun que la insolvencia es reconocida ó disputada (1), é igualmente en el caso del senado-consulto Macedoniano (2).

Nos resta reconocer los diversos ejemplos de excepciones que nos presenta el texto.

I. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, *aut errore lapsus*, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse: et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi *exceptio metus causa aut doli mali, aut in factum composita*, ad impugnandam actionem.

1. Por ejemplo, si obligado por miedo, inducido por dolo, ó *incurriendo en error*, has prometido sobre la estipulacion de Ticio lo que no debias prometer, es evidente que segun el derecho civil estás obligado, y la accion por la que se sostiene que debes dar, es válida; pero tu condena sería injusta; y por tanto, para rechazar la accion, se te da la *excepcion de miedo, de dolo ó una excepcion concebida in factum.*

*Aut errore lapsus.* No se trata de un error sobre el objeto mismo de la estipulacion, cuando el uno ha querido estipular tal cosa y el otro prometer tal otra; porque este error, como hemos visto más arriba, llevaria consigo la nulidad de la misma estipulacion, y por consiguiente, no habria accion. Se trata de todo error grave que hubiese determinado mi consentimiento, y que, sin hacer mi obligacion nula por derecho civil, la hiciese contraria á la equidad. Los jurisconsultos romanos hacen entrar este caso en el de dolo, porque ha habido dolo de parte del adversario en haber in-

(1) Inst. 3. 20. § 4. — Dig. 46. 1. 28. f. de Paul., con motivo de la excepcion: «SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT.»

(2) Dig. 14. 6. 1. § 1. f. de Ulp. — 7. § 4 hasta el 8. f. de Ulp.

ducido á error al promitente, ó en querer aprovecharse de su error (1).

*Exceptio metus causa aut doli mali.* La *exceptio metus causa* estaba concebida en estos términos: SI IN EA RE METUS CAUSA FACTUM EST (2). Acabamos de ver cómo estaba concebida la de dolo: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT. La diferencia entre estas dos redacciones nos indica una gran variedad entre ambas excepciones. La excepcion *metus causa* es general, y comprende todos los casos de violencia, cualquiera que sea su autor, lo que expresa Ulpiano diciendo que es *in rem scripta*, escrita generalmente contra la cosa, es decir, contra la violencia misma, cualquiera que sea su autor (3). La excepcion *doli mali*, por el contrario, segun las expresiones de Ulpiano, no comprende más que á la persona que ha cometido el dolo, « *personam complectitur ejus qui dolo fecit* », es decir, que no se la puede oponer más que al mismo autor del dolo. Si el dolo no procede de él, nada tiene que temer de la excepcion (4). La gravedad del vicio que resulta de la violencia, acto cometido por la fuerza brutal, por lo comun por personas desconocidas ó disfrazadas, ha hecho admitir esta diferencia.

Por lo demas, la excepcion de violencia no es más que una especialidad de la excepcion de dolo. La de dolo es general, tanto para el dolo propiamente dicho, como para la violencia, y áun para el caso de error, como dijimos ántes; porque la palabra dolo se extiende á todo lo que es contrario á la buena fe. Así, pues, en el caso de violencia se podria oponer la excepcion de dolo; y el mismo Casio, al decir de Ulpiano, no proponia más que esta última excepcion; pero la excepcion especial de violencia toma toda su utilidad cuando la violencia no se ha cometido por el adversario mismo, pues en este caso la de dolo sería inaplicable (5).

En fin, vemos por los términos mismos de la excepcion de dolo, *si nihil dolo malo* FACTUM SIT NEQUE FIAT, que no se aplica solamente al dolo cometido por el adversario en el momento del contrato ó de la enajenacion, sino que abraza toda especie de dolo,

(1) Dig. 44. 4. 4. § 3. f. de Ulp. — 17. pr. f. de Scevol.
(2) Ibid. 4. f. de Ulp. § 33.
(3) Dig. 14. 4. 4. § 33. f. de Ulp.
(4) Ibid.
(5) Dig. 44. 4. 4. § 33. f. de Ulp.

pasado ó presente, que hubiese sido ó que fuese cometido por el adversario; de modo que si el acto mismo de pedir su objeto en litigio era un acto de mala fe, contrario á la equidad, sería aplicable la excepcion de dolo. «*Nam et si inter initia nihil dolo malo fecit at tamen nunc petendo facit dolose*» (1). Hemos visto un ejemplo (tomo I, lib. II, tít. I, § 30) en el caso del propietario que al reivindicar su fundo de tierra de las manos del poseedor de buena fe, se negase á pagar las obras que éste hubiese hecho; y lo mismo en el caso en que, accionando al deudor de un impúbero para hacerle pagar por segunda vez lo que hubiese irregularmente pagado sin autorizacion válida, se negase á tomarle en cuenta todo lo que ha recaido realmente en beneficio del impúbero.

*Aut in factum composita.* No hay que figurarse que sea un género especial de excepcion; es una forma bajo la cual pueden concebirse las excepciones. En efecto, así como pueden las acciones, segun hemos visto arriba, concebirse en el hecho, así tambien las excepciones, lo cual sucede cuando el pretor formula excepcion, especificando un hecho preciso que el juez no tiene más que comprobar. Así, cuando el pretor da la accion en estos términos: si no ha habido, ó si no hay algun hecho de dolo en el negocio por parte de Aulo Agerio; esta excepcion está concedida en general, y el juez no tiene simplemente que comprobar un hecho, sino que tiene que examinar las diversas circunstancias que pueden alegarse por el demandado, y que apreciarlas, tanto en hecho como en derecho, para juzgar si constituyen verdaderamente un dolo; pero si la excepcion está formulada en estos términos: si Áulo Agerio no ha hecho creer que la cosa por la cual ha estipulado los diez mil sextercios era en oro, cuando era en cobre (2), entónces está concebida en el hecho (*in factum composita*). El juez no tiene más que un hecho determinado que examinar, en cuanto á su existencia solamente, sin tener que apreciarle en su carácter de derecho, porque el pretor lo ha hecho ya en la fórmula; ni que ocuparse de ninguna otra circunstancia fuera de este hecho, porque la fórmula no le deja espacio para ello. Por esto se ve que las excepciones de dolo ó de violencia hubieran podido siempre intentarse de hecho; y recíprocamente Ulpiano nos dice que de todas las ex-

(1) Ibid. 2. § 5. f. de Ulp.
(2) Dig. 45. 1. 22. f. de Paul.

cepciones *in factum* hubiera podido nacer una excepcion de dolo. Al demandado tocaba ver ante el pretor qué excepcion le convenia más hacer insertar en la fórmula (1); sin embargo, no podia emplearse contra un patrono ó contra un ascendiente la excepcion de dolo ó de violencia, ó cualquiera otra que perjudicase á la estimacion. Debió concebirse simplemente en el hecho (*in factum*), porque entónces no habia más que la enunciacion del hecho sin que fuese caracterizado como acto de dolo ó de violencia (2). Parece tambien que en el caso de duda, la fórmula se concebia por lo comun en el hecho, pues que dice Teófilo, el error alegado estaba determinado en ella en forma de narracion, aunque hubiese podido comprenderse igualmente en la excepcion general de dolo.

Nótese, en fin, la eleccion del ejemplo en el texto de nuestro párrafo, que es el de una estipulacion, es decir, de un contrato de derecho estricto. En efecto, en este caso, aunque haya habido violencia, dolo ó error, la obligacion procedente de la estipulacion no deja de existir por eso; por consiguiente, hay accion, y á causa de la naturaleza de la accion, es de absoluta necesidad insertar en ella la excepcion de dolo ó de violencia, pues no siendo así, el juez no tendria el derecho de ocuparse de ellas. Si, por el contrario, se tratase de un contrato de buena fe, podia suceder, ó que no hubiese ni áun accion, segun la extension del dolo, de la violencia ó del error, y segun los objetos sobre que recayesen estos vicios del consentimiento (3); ó por lo ménos, si habia accion, las excepciones de dolo, de violencia, ó en el hecho, no serian de ningun modo necesarias, porque la naturaleza misma de estas acciones y los términos de la fórmula que les es propia, darán por sí mismos al juez la mision de tomar en consideracion todos los hechos segun la equidad y la buena fe (4).

II. Idem juris est, si quis *quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit*, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia

2. Lo mismo sucede si alguno *ha estipulado dar en préstamo una cantidad* y no la ha entregado: en efecto, si bien es cierto que puede demandaros por el pago de esta suma, porque la estipulacion os obli-

(1) Ibid. 44. 4. 2. §§ 4 y 5.

(2) Ibid. § 16.

(3) Como en el caso de sociedad, si ha habido dolo en el hecho mismo de asociacion. Dig. 17. 2. 3. § 3. f. de Paul.—Ibid. 4. 4. 16. § 1. f. de Ulp.—O en el caso de venta para el mismo dolo. Dig. 4. 3. 7. pr. f. de Ulp.

(4) Dig. 5. 3. 38. f. de Paul.—58. f. de Scevol.—Véase lo que dijimos ántes, pág. 737.

iniquum est eo nomine te condemnari, placet *per exceptionem pecuniæ non numeratæ* te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coarctavimus.

ga, sin embargo, como sería injusto condenaros con tal pretexto, se ha creido deber daros para defensa la excepcion *non numerata pecunia*, cuya duracion, como hemos dicho en los libros precedentes, se ha reducido por nuestra constitucion.

*Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit.* Sucedia frecuentemente que para mayor solemnidad y seguridad en la obligacion se hacía intervenir una estipulacion en los contratos, que por sí mismos hubieran podido pasarse sin ella. Así podia suceder que el que consentia en prestar dinero hubiese exigido del que lo recibió, para más garantía, que se obligase por estipulacion al pago de esta suma. Nuestro texto supone que habiendo tenido lugar la estipulacion, desde luégo no se ha realizado el préstamo en seguida, no habiendo entregado el estipulante al mutuario las especies prometidas. En este caso, no deja de existir la estipulacion, y por consiguiente, la accion que produce; así se necesita una excepcion para defender al promitente contra una demanda conforme al derecho estricto, pero injusto.

*Per exceptionem pecuniæ non numeratæ.* El demandado podia usar, en el caso de que acabamos de hablar, la excepcion general de dolo, pues que en realidad hay dolo por parte del demandante (1); pero se podia tambien determinar el hecho particular de que se trataba, y formular la excepcion *in factum*, habiendo entónces la excepcion *non numerata pecunia* (2), que, como se ve, era una excepcion en el hecho (*in factum composita*). Pero bien se concibiese en el hecho, bien se formulase en la expresion general de dolo, la jurisprudencia llegó á dar á esta excepcion el privilegio particular de que la prueba no fuese de cuenta del demandado, sino de la del demandante (3). Para la explicacion de esta anomalía hay que referirse á lo que dijimos al tratar de esta materia.

Lo que el texto dice aquí del caso particular de una estipulacion hecha en vista de un préstamo no realizado, lo aplica Ulpiano generalmente á toda estipulacion, sin causa. En rigor, la obli-

---

(1) Dig. 44. 4. 2. § 3. f. de Ulp.
(2) Ibid. § 16.
(3) Cod. 4. 30. 3. const. de Anton.—10. const. de Diocl. y Maxim.

gacion y la accion existen, pero el promitente puede defenderse por la excepcion de dolo (1).

III. Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa, efficax est adversus eum actio qua actor intendit, SI PARET EUM DARE OPORTERE; sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

3. Ademas, el deudor que ha convenido en un pacto con su acreedor, que no se le demandará por el pago, no deja por eso de estar obligado, porque el pacto no es un modo de extinguir absolutamente las obligaciones. La accion en la que la *intentio* del demandante es SI PARET EUM DARE OPORTERE, existe contra él válidamente; pero como sería injusto que se le condenase sin tener en nada el pacto como defensa, puede interponerse la excepcion de pacto.

Tambien ésta es una excepcion de hecho (*in factum composita*), porque se formula alegando ante el juez un hecho determinado: «SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR», que son los términos en que nos la refiere Gayo (2).—Hemos visto que las obligaciones contraidas de palabra ó por la entrega de la cosa no pueden disolverse por un simple acto, y que, por consiguiente, subsisten las acciones que de ellas emanan.—Por tanto, es necesaria en ellas la excepcion del pacto (*pacto conventi*); pero no lo sería tratándose de una obligacion contraida por el simple consentimiento, pues que la convencion contraria al pacto habria bastado para extinguirla.

Esta excepcion sería igualmente útil en las acciones *furti et injuriarum*, porque en virtud de una especial disposicion de las Doce Tablas, la transaccion extinguia de derecho aquellas acciones en sí mismas (3).

En lugar de la excepcion *pacti conventi* alegando un hecho, se habria podido del mismo modo oponer en el caso en cuestion la excepcion de dolo (4).

IV. Æque si debitor, creditore deferente, juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio

4. Del mismo modo, si despues de haber pagado la deuda, el deudor jurase al acreedor que nada debe, no dejaria aquél por eso de estar

(1) Dig. 44. 4. 2. § 3.
(2) Gay. 4. 119.
(3) Dig. 2. 14. 17. § 1. f. de Paul.
(4) Ibid. 44. 4. 2. § 4. f. de Ulp.

queri, defenditur *per exceptionem jurisjurandi.* In iis quoque actionibus *quibus in rem agitur*, æque necessariæ sunt exceptiones: veluti, si, petitore deferente, possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

obligado; pero como sería inícuo quejarse del perjurio, tiene para defenderse la *excepcion del juramento.* En las acciones *in rem* son tambien necesarias las excepciones; por ejemplo, si despues de haber jurado el demandante que la cosa es suya, lo jurase tambien el poseedor, y sin embargo, el demandante insistiese en su instancia; pues que áun cuando fuese fundada la pretension de éste, aunque la cosa fuera realmente suya, sería, sin embargo, inícuo condenar al poseedor.

*Per exceptionem jurisjurandi.*—El juramento que recíprocamente se prestan las partes para terminar una cuestion en juicio, contiene, segun nos dice Paulo, una especie de transaccion, que tiene más autoridad todavía que la cosa juzgada: *jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (1). Éste es, dice Gayo, el medio más expedito de terminar los pleitos (2). En el edicto relativo á esto habia el pretor insertado una disposicion especial, en la que declaraba que si una vez deferido el juramento al demandado, juraba éste en seguida que nada debia, no daria accion: «*Si is cum quo agitur, conditione delata, juraverit; ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.*» Tales eran, segun Ulpiano, los términos del edicto (3) por los cules se niega una accion. Preciso es hacer una distincion, sin embargo, pues el juramento unas veces impedia que se diese la accion, y otras no hacía más que producir una excepcion. En efecto, si convenian unánimemente las partes en la verdad del hecho jurado, ó si el juramento habia sido deferido y prestado ante el pretor mismo, entónces este magistrado denegaba la accion; pero si las partes no estaban conformes en la verdad del hecho, entónces el pretor no tomaba á su cargo el comprobarla, sino que lo declaraba como excepcion, y remitia el asunto al juez para que éste fallára de la certeza del hecho: «*Nam postquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est si ambigitur an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est* (4). Esta es

(1) Dig. 12. 2. 2.
(2) Ibid. 1.
(3) Ibid. 3. pr. y 7. f. de Ulp.
(4) Dig. 12. 2. 9. pr. f. de Ulp.

una aplicacion de la regla que hemos dado anteriormente respecto de los casos en que hayá necesidad de recurrir á una excepcion.

Aquí se ve que la excepcion del juramento es una excepcion *in factum composita.*—Igualmente se habria podido admitir la excepcion del pacto, pues que la convencion que resulta del juramento no es más que una especie particular de pacto (1) : por consiguiente, tambien se podria admitir la excepcion general de dolo.

Ya hemos visto en la Inst. 4, 6, § 11, que el juramento podía producir, no una excepcion, sino una accion, siempre que su resultado fuese favorable al acreedor, y que el deudor pusiese en cuestion la existencia del débito.

*Quibus in rem agitur.* Aun cuando los ejemplos que tanto en este párrafo como en los anteriores suministra el texto, respecto á la necesidad de las excepciones de dolo ú otras que no son sino especialidad de éstas, son todos relativos á los casos en que medie estipulacion, es decir, á los casos en que haya accion *stricti juris*, debemos decir que son igualmente necesarias aquellas excepciones en los casos en que medien acciones arbitrarias, á cuyo número corresponden las acciones reales : por ejemplo, la accion *rei vindicatoria*, la accion *ad exhibendum* (2); y lo mismo sucede cuando medien acciones *in factum* y acciones penales (3). Pero ya dejamos explicado el cómo y por qué serian supérfluas estas excepciones en las acciones de buena fe, encontrándose como se encuentran de derecho comprendidas en ellas, en virtud de los propios términos de la fórmula *ex bona fide.*

V. Item, si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, *nihilominus obligatio durat*, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

5. Igualmente, si en virtud de una accion real ó personal contra tí, hubiese recaido fallo, *no por eso deja de subsistir la obligacion*, y en derecho estricto se te puede perseguir despues del fallo por la misma accion; pero tú entónces tienes la excepcion de la autoridad de cosa juzgada.

Los jurisconsultos romanos han consagrado como axioma que la cosa juzgada vale tanto como la verdad « *res judicata pro veritate*

(1) Ibid. 25. f. de Ulp.
(2) Dig. 12. 2. 11. f. de Ulp.
(3) Ibid. 3. § 1. f. de Ulp.

*accipitur»* (1).— Pero ¿cómo se aplicaba este principio? ¿Una vez dado fallo sobre cualquiera cosa, caducaba toda accion acerca de ella, ó bien se podia renovar, dejando salvo al reo su derecho de oponer la excepcion *rei judicatæ?* En una palabra, ¿producia la cosa juzgada una completa denegacion de accion, ó una excepcion solamente? Para resolver estas cuestiones preciso es recurrir á ciertas distinciones que hoy ya nos parecen muy sutiles.

En los tiempos en que habia acciones de la ley, se consideraba caducada toda accion que habia sido intentada una vez y no se la podia alegar de nuevo. Por tanto, no eran necesarias las excepciones, ni tampoco en aquélla estaban en uso todavía (2).

Pero cuando se introdujo el sistema formulario se alteró esta práctica, pues entónces se introdujeron las excepciones, y la de *rei judicatæ* llegó á ser necesaria en muchos casos. Para comprender esta necesidad, debemos referirnos á lo que hemos anteriormente explicado acerca de los efectos de la *litis contestatio.*

Resulta de lo que respecto á este último punto hemos expuesto, que es preciso, ante todo, hacer primeramente una distincion fundamental entre las acciones legítimas (*judicia legitima; judicia quæ legitimo jure consistunt*) y las acciones, *quæ imperio continentur,* llamadas así porque no conservan su valor más tiempo del que dura el poder (*imperium*) del que las haya dado: « *Tandiu valent, quamdiu is qui ea præcipit, imperium habebit* » (3), y las cuales, por consiguiente, deben ser interpuestas ántes que espire este *imperium,* pues de lo contrario, perecen cuando él. Gayo menciona esta primera distincion en su Instituta (4, §§ 104 y 105), y nos dice que en las acciones *quæ imperio continentur*, ya sean reales, ya personales, ya *in factum*, ó de cualquiera otra especie, jamas se verificaba novacion alguna que extinguiese la obligacion de la parte demandada y la reemplazase con otra obligacion procedente de la *litis contestatio* ó de la sentencia (4); sino que subsistiendo siempre en derecho estricto la obligacion primitiva, cualquiera que fuese la sentencia, y pudiendo, por tanto, el acreedor repetir su accion siempre que quisiese, era de absoluta necesidad contestarla por medio de la excepcion *rei judicatæ:* SI EA RES JUDICATA

---

(1) Dig. 50. 17. *De regulis juris.* 207. f. de Ulp.
(2) Gay. 4. 108.
(3) Gay. 4. 105.
(4) Ibid. 3. 181.

NON SIT » (1). Hé aquí las palabras de Gayo : « *Si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam...... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ, vel in judicium reductæ* » (2).

Si, por el contrario, se trata de una accion legítima, hay que distinguir nuevamente : 1.°, el caso de acciones *in personam*, cuando la fórmula ha sido concebida *in jus;* y 2.°, el caso de acciones reales (*in rem*) ó fundadas en hechos (*in factum*). En el primer caso, segun ya en otro lugar hemos dicho, desde la *litis contestatio* se consuma una novacion que extingue la obligacion personal del deudor demandado y que la sustituye con una obligacion nueva, la cual es á su vez extinguida por novacion, y restituida por la obligacion que resulta de la condena ; de modo que se dice que el deudor demandado está ligado, primero por su accion principal, en seguida por la *litis contestatio*, y últimamente por la condena (3). De consiguiente, disuelta por el pleito mismo la obligacion principal, y consumada la accion que aquélla daba, no puede ésta intentarse de nuevo, y por tanto, es completamente supérflua la excepcion *rei judicatæ* (4).

Pero no sucede lo mismo en las *in rem* y las *in factum*, pues éstas por su misma naturaleza no podian ser renovadas por la *litis contestatio*, ni sustituidas, en su consecuencia, por una obligacion puramente personal. — Por tanto, un mismo derecho de propiedad, ó un mismo hecho, podian ser nuevamente llevados á juicio por una accion nueva, y en este caso era absolutamente necesaria la excepcion *rei judicatæ;* pues en otro caso, el juez del segundo pleito, limitado á su fórmula y á comprobar únicamente la *intentio*, no podria llamar á revista los fallos anteriores (5).

Por lo demas, la excepcion *rei judicatæ*, distinta en esto de las demas que nos han ocupado hasta ahora, no quedaba subentendida de pleno derecho en las acciones de buena fe, sino que se la debia mencionar expresamente, en razon á que la autoridad de la cosa juzgada no es un principio de equidad y de buena fe, comprendido en la frase *ex bona fide*, y sí sólo un principio de órden social, que

(1) Dig. 44. 2. 9. § 2. f. de Ulp.

(2) Gay. 4. 106. « Tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summoveri. » (Gay. 3. 131.)

(3) Gay. 3. 180.

(4) Gay. 4. 107.

(5) Ibid.

defiende los buenos como los malos fallos, y consagra hasta las iniquidades del juez, cuando no hay medio hábil de hacerlas subsanar por el juez superior (1).

En tiempo de Justiniano, segun se deduce de nuestro texto, parece que en toda clase de acciones se aplicó indistintamente el sistema de los *judicia quæ imperio continentur;* pues hallamos escrito en aquel texto, que ya se trate de una accion real, ya de una personal (*sive in rem, sive in personam*), subsiste siempre firme la obligacion principal (*nihilominus obligatio durat*), sin que ninguna novacion produzcan el pleito ni la sentencia, y pudiendo, por consiguiente, ser la accion intentada de nuevo, si bien quedando á salvo el recurso de la excepcion. — Pero, á decir verdad, tanto respecto de esta excepcion, cuanto de todas las demas, como que en tiempo de Justiniano las acciones ni se pedian ya al magistrado superior, ni se encerraban en los límites de una fórmula, sino que se intentaban directamente ante el juez, quien podia por sí mismo valuar, lo mismo la demanda que la respuesta y las excepciones, claro es que llegaron á ser completamente vanas todas las cuestiones que acabamos de examinar, como derivadas que son del sistema de las fórmulas, caducado ya en tiempo de Justiniano.

Tambien Ulpiano, siguiendo á Juliano, habla de las condiciones con que podia oponerse la excepcion de la cosa juzgada: «*Exceptio rei judicatæ obstat, quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii* (2). Así, pues, es preciso que se trate de un mismo litigio, *eadem quæstio;* que se demande una misma cosa y de la misma manera y entre las mismas personas; pues la cosa juzgada no puede nunca perjudicar á un tercero, *cum res inter alios judicatæ nullum aliis præjudicium faciant* (3), aunque sea por una accion diferente (*vel alio genere judicii*): esto último necesita explicacion.—Efectivamente, si la nueva accion, el *alium genus judicii* tiende al mismo fin que la primera, y encierra la misma pretension; en una palabra, si reproduce el mismo litigio, aunque sea bajo una forma distinta, hay lugar á la excepcion *rei judicatæ;* por ejemplo: si despues de haber sido vencido en la accion de peticion de herencia se intenta reclamar bajo el

(1) En apoyo de esto se suele citar una constitucion de Severo y de Antonino. Cod. 3. 1. 2.
(2) Dig. 44. 2. 7. § 4. f. de Ulp.
(3) Dig. 44. 2. 1. f. de Ulp.

mismo concepto las cosas hereditarias en particular, ó *viceversa;* lo mismo que si despues de haber perdido en la accion *familiæ erciscundæ*, se intentase bajo el mismo concepto la accion *communi dividundo.*—Pero si la nueva accion se fundase en distinto derecho, entónces no habria lugar á la excepcion, como por ejemplo: si despues de haber perdido en la reivindicacion de una cosa, se prosigue la demanda por condiccion (1); pues en este caso la primera demanda la entablaria el actor en concepto de propietario, y la segunda en concepto de acreedor.—Lo mismo sucederia si despues de haber perdido un pleito de reivindicacion en concepto de heredero, lo intentase como adquisidor (2), ó si despues de haber perdido en una reivindicacion general, la entablase de nuevo fundándose en una nueva causa de adquisicion (3).—Citarémos los tres pasajes de Paulo y de Ulpiano relativos á este asunto : « *Cum quæritur; hæc exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit;—Quantitas eadem, idem jus;—Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrant, alia res est* (4).

Generalmente en los textos de Gayo y de los jurisconsultos de su época hallamos alternativamente citada, al par de la excepcion *rei judicatæ*, la *rei in judicium deductæ :* así se dice comunmente, *exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ.*—Esta última, SI EA RES IN JUDICIUM DEDUCTA NON SIT, se oponia bajo el concepto, no de que la cuestion á que se referia hubiese sido resuelta en juicio, sino presentada ante el juez (*in judicium deducta*), como, por ejemplo, cuando se habia verificado ya la *litis contestatio* y la remision del pleito al juez, pero no se habia pronunciado aún sentencia. En el inmediato párrafo 10 verémos otra aplicacion que esta excepcion tenía.

La cosa juzgada produce, lo mismo que el dolo, la violencia y el juramento, una accion ó una excepcion, cuando el que la invoca necesita ser actor ó reo. Cuando la parte que ha sido condenada niega la existencia del fallo que la condenó, es decir, niega haber cosa juzgada, tiene necesidad la contraria de probar y hacer declarar la existencia del fallo que le dió la victoria (*si quæratur*

---

(1) Ibid. 31. f. de Paul.
(2) Ibid. 11. § 2.
(3) Dig. 44. 2. 11. § 4.
(4) Ibid. 12. 13 y 14.

*judicatum sit, necne*) (1); y para este caso tiene, como ya hemos dicho más arriba, la accion *judicati*, que corresponde al número de aquellas en que es doblada la pena contra el que ha negado sin razon, *adversus inficiantem duplatur* (2).

VI. Hæc exempli causa retulisse sufficiet. Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sunt, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

6. Basta lo ya citado para servir de ejemplo : el que quiera saber más por menor cuán numerosas y várias son las causas que hacen necesarias las excepciones, puede consultar el Digesto y las Pandectas.

VII. Quarum quædam *ex legibus* vel *ex iis quæ legis vicem obtinent*, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

7. De estas excepciones, unas nacen *de las leyes ú otros actos con fuerza de tal*, y otras de la jurisdiccion pretoriana.

El pretor fué quien primero introdujo el uso de las excepciones, para modificar el rigor del derecho civil; pero posteriormente se hicieron leyes, senado-consultos y constituciones, que dieron nueva aplicacion al uso ya establecido; y áun crearon ciertas excepciones para ciertos y determinados casos.

*Ex legibus.* Tal es la excepcion NISI BONIS CESSERIT, relativa á la cesion de bienes del deudor á sus acreedores, determinada por la ley JULIA.

*Ex iis quæ legis vicem obtinent.* Por ejemplo, de los senado-consultos : tal es la excepcion que puede deducirse á veces del senado-consulto Macedoniano, como ya hemos explicado.—O bien de las constituciones : tal es la excepcion de que hemos tambien hablado en el mismo lugar, y que puede deducirse en ciertas circunstancias del rescripto de Adriano acerca del beneficio de la division, con motivo de la insolvencia de uno ó de muchos cofideyusores. Tal es tambien la de dolo, cuando se la aplica en virtud del rescripto de Marco Aurelio, para hacer admitir la compensacion en las acciones de derecho estricto.

### *Excepciones perpétuas y perentorias : excepciones temporales y dilatorias.*

VIII. Appellantur autem exceptiones, aliæ *perpetuæ et peremptoriæ*, aliæ *temporales et dilatoriæ*.

8. Llámase á unas *perpétuas y perentorias*, y á otras *temporales y dilatorias*.

(1) Dig. 49. 8. 1. pr.f. de Mac.
(2) Gay. 4. § 9 y 171.—Paul Sent. 1. 19. 1.

*Perpetuæ et peremptoriæ.* La primera de estas calidades es relativa á la duracion, y la segunda á los efectos de la excepcion. Por lo demas, la una es consecuencia necesaria de la otra; pues desde el instante que la excepcion es perpétua, es tambien necesariamente perentoria.

*Temporales et dilatoriæ.* Lo mismo sucede con las excepciones temporales y dilatorias, es decir, que la primera de estas calidades se refiere á la duracion, y la segunda á los efectos de la excepcion. Tambien aquí la una es necesaria consecuencia de la otra, pues desde el punto que una excepcion es temporal, es tambien necesariamente dilatoria.

Pero aquí importa evitar un error muy comun, derivado de nuestras ideas modernas acerca de las excepciones. Segun el derecho romano, no se trata en manera alguna, en las calificaciones que acabamos de enunciar, de los efectos que puede producir la excepcion, una vez alegada judicialmente y aplicada por el juez; sino únicamente de su duracion y efectos en manos del demandado, cuando áun no se ha entablado el pleito, y vale por tanto la excepcion como medio de defensa para contrarestar la accion.

De la confusion de estos dos diversos tiempos han nacido muchos errores, cometidos por los intérpretes en la materia que nos ocupa.

Pues si se los considera con relacion á sus resultados en justicia, cuando la aplica el juez, todas las excepciones, cualesquiera que sean, tienen un mismo resultado definitivo, supuesto que habrán de ser admitidas ó desechadas por el pretor que da la fórmula, segun que sean propuestas en tiempo hábil ó no; que modificarán, impedirán ó no impedirán la condena, segun su naturaleza, y segun que sean ó no probadas en juicio. Pero en todos los casos, el pleito, una vez entablado en justicia, y cualquiera que sea su éxito definitivo, se tendrá por consumado, y no se podrá volver á empezarlo ulteriormente; pues al que intentase hacerlo, ó se le negaria la accion, ó se le opondria la excepcion *rei judicatæ* ó *rei in judicium deductæ;* segun lo pidiere el caso. (Véase el § 10 inmediato.)

Por el contrario, si se consideran las excepciones en manos del demandado, ántes que se halle entablado el pleito, como medio expedito para contrarestar la accion, entónces hay que determinar primeramente su duracion; es decir, el tiempo durante el cual

puede oponerlas el demandado; pues si durante este tiempo se le demanda, tiene derecho á hacerlas insertar en la fórmula del pretor, pues son un arma que temporalmente posee para defenderse cuando le ataquen. En segundo lugar, hay que determinar los efectos de las excepciones; es decir, la utilidad que de ellas reporta el que las posee, si es que poseyéndolas perpétuamente para defenderse destruyen la accion, ó si poseyéndolas por un tiempo determinado no hacen más que suspenderla, y perecen cuando espira el plazo de su duracion.—Esto nos lo explicarán los dos párrafos siguientes:

IX. Perpetuæ et peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt: qualis est *exceptio doli mali*, et *quod metus causa* factum est, et pacti conventi cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur.

9. Son excepciones perpétuas y perentorias las que pueden oponerse en todo tiempo á la accion y la destruyen por su propia naturaleza; como son las excepciones *doli mali*, *metus causa* y *pacti conventi*, cuando se ha convenido en renunciar absolutamente á toda accion.

En un fragmento de Gayo, inserto en el Digesto, hallamos definidas así las excepciones perpétuas y perentorias: *quæ semper locum habent, nec evitari possunt* (1). Esta definicion corresponde á la de nuestro texto. Son perpétuas, porque se poseen, no por un tiempo limitado, sino indefinidamente, y pueden oponerse siempre que sea necesario defenderse con ellas, pues, como dice nuestro texto, *semper agentibus obstant.*—De su carácter de perpétuas resulta necesariamente el de perentorias; es decir, que paralizan, que destruyen la accion, pues que la inutilizan para el demandante, quien tiene que ceder de su pretension cuando quiera que se le oponga, sin que le sirva, para evitarlo, dilatar el hacer uso de su accion (*nec evitari possunt*).

*Exceptio doli mali; quod metus causa.* Habiendo dicho con verdad que las acciones de dolo y de violencia son temporales, ¿cómo se explica que sus excepciones correspondientes son perpétuas? Fácilmente; porque siendo la accion un medio de ataque, está en mano del engañado ó violentado intentarla cuando quiera, desde el punto que descubra el dolo ó cese la violencia de que ha sido víctima; pero en cuanto á las excepciones, como no son más que un medio de defensa, claro es que no está en la mano del que tie-

(1) Dig. 44. 1. 3.

ne derecho á oponerlas contra una accion el que ésta se intente en tal ó cual tiempo determinado. Pero puede oponerlas á la accion cuando quiera que ésta se intente contra él (1), y de aquí nace el adagio : *Temporalia ad agendum*, *perpetua ad excipiendum*.

X. Temporales atque dilatoriæ sunt *quæ ad tempus nocent*, *et temporis dilationem tribuunt:* qualis est pacti conventi, cum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi *aut alia similis*, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, *neque post tempus olim agere poterant*, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant: que ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc precedere volumus: sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis, litem inferri ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint protulit: ut et inducias quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.

10. Son *temporales y dilatorias* las excepciones que *pueden oponerse por cierto tiempo y conceden un plazo.* Tal es la excepcion de pacto, cuando media la convencion de no demandar durante cierto tiempo, cinco años por ejemplo; pero pasado este plazo, puede el demandante intentar una accion. Por consiguiente, los que tengan una accion que intentada ántes de vencerse el plazo sería rechazada por la excepcion de pacto ú *otra semejante*, deben diferirla hasta que el plazo se cumpla. Hé aquí por qué se llaman dilatorias estas excepciones. Si el demandante intenta su accion ántes de haber transcurrido el plazo, y se le opone la excepcion, en virtud de ésta, pierde por entónces su derecho : y en otro tiempo lo perdia tambien, *aunque acudiera despues de haber vencido el plazo*, pues se consideraba consumido y perdido su derecho por haberlo alegado temerariamente en juicio. Pero hoy ya no queremos proceder con tanto rigor, sino que á cualquiera que intente una demanda ántes del tiempo fijado por el pacto ó por la obligacion, lo sometemos á lo mandado en la constitucion de Zenon contra los que, pidiendo fuera de tiempo, piden más de lo que se les debe. En consecuencia de esto, si el demandante despreciase los plazos que él mismo hubiese concedido, ó que trajese consigo la accion por su propia naturaleza, sufrirá en pena que se dupliquen los plazos en favor de los agraviados, y áun al espirar estos plazos, no estarán los demandados obligados á defenderse, ínterin no se les abonen préviamente las expensas de la lítis; pues con esta pena aprenderán los demandantes á respetar los plazos.

(1) Dig. 44. 4. 5. § 6. f. Paul.

*Quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt.* Gayo, en el fragmento que hemos anteriormente citado, define así estas excepciones : *Quæ non semper locum habent, sed evitari possunt.* Son temporales, porque sólo aprovechan durante cierto tiempo, pasado el cual caducan enteramente; de tal modo que si entónces se intentaba la accion, ya la excepcion de nada sirve. De su temporalidad resulta necesariamente su carácter de dilatorias, pues efectivamente, la utilidad que de ellas se saca es no poder ser, el que las posee, demandado durante cierto tiempo; es decir, que le proporcionan un plazo (*temporis dilationem tribuunt*), pues que suspenden durante aquel tiempo la eficacia de la accion. — Pero espirado el plazo, puede la accion ser intentada sin temor alguno á la excepcion; y por tanto, del demandante depende el evitar ésta, dilatando su demanda (*sed evitari possunt*). El ejemplo que trae el texto explica claramente la aplicacion de estos principios.

*Aut alia similis.* Tales eran las excepciones llamadas *litis dividuæ* y *rei residuæ*, que tambien se hallan citadas como ejemplo de excepciones temporales y dilatorias en la Instituta de Gayo (1).

*Neque post tempus olim agere poterant.* Refiérese esta expresion á los efectos de la excepcion una vez propuesta y aplicada por el juez. Bajo este concepto, sabemos que todas las excepciones, ya fuesen perpétuas y perentorias, ya temporales y dilatorias, destruian, como hemos dicho, la accion, pues se suponia consumada desde que habia sido alegada en juicio (*rem in judicium deducebant et consumabant*). Al que hubiese querido intentarla de nuevo le habria negado el pretor la accion, siendo uno de los casos en que esta denegacion podia verificarse, ó bien, si le habia opuesto la excepcion *rei judicatæ*, si habia recaido fallo en el pleito (*sententia*), ó la *rei in judicium deductæ* si no se habia hecho más que incoar la instancia, y no se habia pronunciado fallo. Segun las palabras de Gayo, parece que en los casos de excepciones temporales y dilatorias era la excepcion *rei in judicium deductæ* la que se oponia al demandante (2), por haber formulado su instancia ántes de tiempo. Por lo demas, debemos tener en cuenta los importantes cambios introducidos por la constitucion de Zenon en cuanto á los efectos de la aplicacion judicial de las excepciones dilatorias.

---

(1) Gay. 4. 122.
(2) Gay. 4. 123.

Véase lo que, respecto á esta materia, dejamos dicho en el título 6, § 33.

XI. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones; quales sunt procuratoriæ: veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomini experiri conceditur: suis vero negotiis superesse sine offensa militares disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus *propter infamiam* vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiencere sanximus: ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio protelctur.

**11.** Hay tambien excepciones dilatorias en razon de la persona, como son las llamadas procuratorias; como si uno diese poder para demandar á un militar ó á una mujer, pues que los militares no pueden ser procuradores ni áun de su padre, madre ó esposa, ni áun en virtud de un rescripto imperial, si bien pueden proseguir judicialmente sus asuntos propios sin menoscabo de la disciplina. En cuanto á las excepciones que en otro tiempo se oponian á los procuradores *en razon de la infamia*, ya del poderdante, ya del apoderado, las hemos hallado tan en desuso en la práctica judicial, que hemos mandado se consideren como anuladas, para evitar que, disputando acerca de ellas, se alarguen indebidamente los pleitos.

Este párrafo habla de las excepciones llamadas *procuratoriæ* y *cognitoriæ*, que se aplican contra el que toma por *procurator* ó *cognitor* á una persona incapacitada de serlo. Estas excepciones son dilatorias, pues el demandante puede evitarlas presentando su instancia, no en tal ó cual tiempo, sino por tal ó cual persona. Respecto de esto, nos dice Gayo que las excepciones son dilatorias, no sólo en razon al tiempo, sino tambien á la persona por quien se oponen. «*Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona, dilatoriæ exceptiones intelliguntur*» (1). Por lo demas, una vez propuestas y aplicadas en justicia, producian, como las otras, el efecto de consumir por aquella vez la accion.

*Propter infamiam.* Refiérese esta frase á la infamia que producen ciertas condenas, aunque sean puramente civiles, para el que las sufre, como sucede en las acciones de tutela, sociedad y algunas otras. Esta infamia producia, entre otras incapacidades, la de ser procurador, ó la de constituir un procurador; pero, segun nuestro mismo texto, esta incapacidad estaba en desuso en tiempo de Justiniano.

(1) Gay. 4. 124.

## TITULUS XIV.

### DE REPLICATIONIBUS.

Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia : quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditore peteri liceat : si creditor agat, et excipiat debitor ut ita demum condemnetur si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita ; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

## TÍTULO XIV.

### DE LAS RÉPLICAS.

Puede suceder que una excepcion que al pronto parece justa, no sea más que un obstáculo injusto ; y en este caso, para proteger al demandante se necesita otra alegacion, que se llama réplica, porque replica y resuelve el derecho que se deriva de la excepcion. Por ejemplo, un acreedor ha pactado con su deudor no reclamarle la deuda, y despues ha hecho con él un convenio contrario, es decir, de podérsela reclamar. Si en este caso el deudor opone como excepcion el pacto primero, daña al acreedor, porque el pacto existe, bien que haya sido neutralizado por otro contrario ; pero como sería inicuo dejar al acreedor sin defensa, se le concede una réplica fundada en el segundo pacto.

Todo cuanto hemos dicho sobre el uso y naturaleza de las excepciones es aplicable á las réplicas, que en cierto modo son una excepcion contra la excepcion. «*Replicatio est contraria exceptio : quasi exceptio*» (1).

Segun el dictámen de Labeon, Marcelo y Ulpiano, era un principio, generalmente reconocido, la circunstancia particular de no admitir réplica de dolo contra excepcion del mismo género, á fin de que el demandante doloso no pudiera, en virtud de esta réplica, salir triunfante y aprovecharse así de un fraude. Así, pues, cuando el demandante y demandado respectivamente alegaban la excepcion y réplica de dolo, era castigado el demandante (2).

I. Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia : quæ duplicatio vocatur.

1. La réplica, á su vez, puede al pronto parecer justa y no serlo, en cuyo caso se necesita proteger al demandado, concediéndole una nueva alegacion que se llama dúplica.

---

(1) Dig. 44. 1. 22. f. Paul.
(2) Dig. 44. 4. 4. § 13. f. Ulp.

II. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori iniqui noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur: quæ dicitur triplicatio.

2. Y si, á su vez, la dúplica, justa en la apariencia, no fuese bajo cualquier concepto más que un obstáculo ilegítimamente suscitado contra la accion, se necesita proteger al demandante concediéndole una nueva alegacion, que se llama tríplica.

III. Quarum omnium exceptionum usum, interdum ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit: quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

3. Finalmente, estas excepciones pueden aplicarse aún en escala más extensa, segun la diversidad de los casos; y el que quiera saber más de ellas, fácilmente lo aprenderá en el Digesto.

IV. Exceptionem autem quibus debitor defenditur *plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus* ejus, et recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, *quia mandati judicio redditurus* est eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, etsi *de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit*, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati sunt, ac si cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane *quædam exceptiones non solent his accommodari.* Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem NISI BONIS CESSERIT; sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi.

4. Las excepciones á favor del deudor *se dan tambien en su mayor parte á sus fiadores*, y hasta con razon, pues la demanda que se intente contra ellos es lo mismo que si se intentára contra el deudor, en razon á que *por la accion de mandato estará éste obligado á abonarles* lo que hubiesen pagado por él. Hé aquí por qué, *mediando convenio de no reclamar al deudor el pago de la deuda*, aprovecha la excepcion que de este pacto nace á los que se han obligado por el deudor, como si con ellos mismos se hubiera pactado. Hay, sin embargo, algunas excepciones que no se les dan, como, por ejemplo, si el deudor ha hecho cesion de sus bienes, y en su virtud opone al acreedor la excepcion NISI BONIS CESSERIT; esta excepcion no aprovecha á los fiadores; pues cuando uno exige á otro una caucion, se lleva por principal objeto el que si su deudor es insolvente le sea pagado su crédito por los que se han constituido responsables de él.

*Plerumque acommodari solent etiam fidejussoribus.* Hay excepciones llamadas inherentes á la cosa (*rei cohærentes*), porque se derivan, no de una consideracion ó circunstancia personal, exclusivamente propia del deudor, sino de una causa que afecta á la cosa, es decir, la deuda misma. Por consiguiente, estas excepciones se dan no sólo al deudor, sino á todos los que se hubieran obligado por él: *rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus*

*competunt.* Tales son las excepciones derivadas de la cosa juzgada, de dolo, de juramento, de la violencia (1).

*Quia mandati judicio redditurus est.* Esta razon misma que nos da el texto explica el por qué el mismo deudor esté interesado en que ciertas excepciones, que parecen serle exclusivamente personales á él, aprovechen tambien á sus fiadores; porque si éstos se viesen obligados á pagar por él, le obligarian á que los reintegrára, pues podrian hacerlo por la accion de mandato. Así, por ejemplo, en el caso de que el acreedor haya pactado con el deudor no reclamarle la deuda, ó en el de haber tomado dinero á préstamo un hijo de familia, contraviniendo así la prohibicion del senado-consulto Macedoniano, aprovecharán las excepciones que respectivamente nacen de aquel pacto y de este senado-consulto, no sólo al deudor, sino tambien á sus fiadores, porque sin esta circunstancia se hallaria indirectamente obligado el deudor á pagar por sí mismo. Pero en estos dos ejemplos, si el recurso de que acabamos de hablar no existiese; si, por ejemplo, los fiadores hubiesen intervenido por pura liberalidad, con ánimo de hacer una donacion (*donandi animo*), como que entónces ya no militaria á su favor el motivo que acabamos de exponer, no podrian utilizar la excepcion del pacto ó del senado-consulto Macedoniano, que sería exclusivamente propia del deudor y de sus herederos ó sucesores (2).

*De non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit.* En general los pactos pueden celebrarse ó con relacion á la cosa (*in rem*), ó individual y únicamente con relacion á la persona (*in personam*); lo primero sucede cuando se pacta en general que no se reclamará la deuda, y lo segundo cuando se pacta que no se reclamará de determinada persona. «*Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem sunt quotiens generaliter pacisor* ne petam; *in personam quotiens ne a personam petam:* ne a Lucio Titio petam» (3). En este punto hay que atender más á la intencion de las partes que á los términos del pacto. Cuando éste es personal no aprovecha á nadie más que á la persona, y ni áun sus herederos pueden utilizarlo : «*Personale pactum ad alium non pertinere,*

(1) Dig. 44. 1. 7. § 1. f. Paul.
(2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 32. f. de Paul.—14. 6. *De S. C. Macedoniano.* 9. § 3. f. de Ulp.
(3) Dig. 2. 14. 7. § 8 f. de Ulp.

*quemadmodum nec ad hæredem, Labeo ait»* (1). Así, pues, los fiadores pueden ser demandados, si bien éstos pueden á su vez repetir contra el deudor, quien está obligado á pagarles; pues el carácter puramente personal dado al pacto indica que las partes no han querido libertar al deudor del recurso que contra él tienen sus fiadores. Con lo dicho se comprenderá que el ejemplo citado en nuestro texto se refiere á un pacto real, es decir, general (*in rem*), que debe ser la cuestion.

*Quædam exceptiones non solent his accommodari.* Llámanse estas excepciones inherentes á la persona (*personæ cohærentes*), porque se derivan de alguna consideracion ó circunstancia personal y exclusiva del deudor. Por consiguiente, sólo á él personalmente aprovechan. «*Exceptiones quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios*» (2). Y á pesar del recurso que contra el deudor tienen los fiadores, no pueden estos últimos usar de la clase de excepciones en cuestion, que por otra parte pueden valer contra ellos. El texto cita como ejemplo de excepcion personal la que resulta de la cesion de bienes; á este ejemplo se puede añadir el del pacto personal ó el de la excepcion concedida á un socio, á un ascendiente ó á un patrono para no pagar sino lo que les corresponda.

## *De las prescripciones.*

Las prescripciones eran tambien otra especie de aditamentos, que se ponian en cabeza de la fórmula, y cuyos efectos dejamos explicados en su lugar correspondiente. En tiempo de Justiniano ya no existian las prescripciones; pues habiendo ido sucesivamente cayendo en desuso, llegaron á transformarse en excepciones; de manera que la palabra prescripcion se unió á la de excepcion como sinónima (*de exceptionibus seu præscriptionibus*), y designó especialmente la excepcion producida por la posesion de largo tiempo. De aquí provino, en fin, el sentido que hoy le damos, teniéndola como medio de adquirir ó de libertarse de una accion.

---

(1) Ibid. 25. § 1. f. de Paul.
(2) Dig. 44. 1. 7. pr. f. de Paul.

## TITULUS XV.

### DE INTERDICTIS.

Sequitur ut dispiciamus de interdictis, *seu actionibus quæ pro his exercentur*. Erant autem interdicta, formæ atque conceptiones verborum quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat : quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

## TÍTULO XV.

### DE LOS INTERDICTOS.

Debemos ahora tratar de los interdictos y de las acciones que hacen las veces de tales. Eran aquéllas unas fórmulas, por las cuales el pretor mandaba ó prohibia alguna cosa; y se empleaban con más frecuencia en las contestaciones acerca de la posesion ó de la cuasi-posesion.

Aunque hemos hablado ya de los interdictos, lo hicimos tan ligeramente, que vamos á dar algunas aclaraciones.

Desde el momento que se suprimió el procedimiento por fórmulas, tanto los interdictos como las excepciones mudaron totalmente de naturaleza ; pero, no obstante, para comprender con exactitud el orígen de aquéllos y su carácter primitivo, debemos tomar en cuenta aquel procedimiento. Era el interdicto un derecho ó un edicto, pronunciado á peticion de una parte por un magistrado del pueblo, el pretor ó el procónsul en las provincias, mandando ó prohibiendo imperativamente alguna cosa (*aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat*) (1); « *Vim fieri veto.—Exhibeas.—Restituas :* prohibo que se cometa violencia. — Exhibe. — Restituye »; tales eran las palabras imperativas con que concluian generalmente los interdictos.

Se empleaban los interdictos en aquellas materias sujetas principalmente á la autoridad pública, ó en las cuales debe el gobierno, tanto al país como á los ciudadanos, una vigilancia y una proteccion más directa; como, por ejemplo, en las cosas de derecho divino ó religioso, tales como la proteccion de los lugares sagrados, los sepulcros y las inhumaciones ; y en las cosas de derecho comun ó público, como en el uso del mar y sus riberas, los rios y los caminos públicos, lo mismo que para su conservacion. Tambien se empleaban para los intereses privados (*rei familiaris causa*) en aquellas causas que por su naturaleza son ocasionadas á promover entre las partes contendientes disputas acaloradas y vías

(1) Gay. 4. 139.

de hecho, razon por la cual reclaman la intervencion inmediata de la autoridad. A esta clase pertenecen las disputas acerca de la posesion y de la cuasi-posesion (1).

Aquel que en semejantes materias sufria una contradiccion ó algun obstáculo que se oponia á su derecho, ó algun despojo, acudia al pretor ó al procónsul, y exponiéndole el hecho, le pedia un interdicto, que daba el magistrado, si habia lugar á él, y que era una órden imperativa, mandando ó prohibiendo hacer alguna cosa; y el asunto quedaba terminado cuando el contrario, sometiéndose al interdicto, acudia á las reclamaciones del que lo habia obtenido.

Pero si no obedecia al interdicto, negándose á ejecutarlo, ó negando los hechos en que éste se fundaba, ó los derechos del que le habia obtenido, léjos de terminarse entónces la cuestion, se elevaba á proceso, siendo preciso acudir ante el juez ó ante los recuperadores para que se fallase si realmente habia ó no contravencion al interdicto. «*Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit*, nos dice Gayo, *statim peractum est negotium; sed ad judicium recuperatoresve itur, et ibi* EDITIS FORMULIS *quæritur an aliquid adversus prætoris* EDICTUM *factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit*» (2). En este caso, así como en los litigios ordinarios, el pretor era quien daba á las partes juez ó recuperadores. Pero al mismo tiempo, ¿les daba una fórmula de accion, ó bastaba sólo la del interdicto? Pronunciaba una fórmula de accion, en la cual, conforme al uso comun, podian entrar sin duda excepciones ó réplicas, y esto, ademas de las expresiones *editis formulis* del pasaje de Gayo que acabamos de referir, lo prueba el que siempre el mismo texto del interdicto dice expresamente: «*Yo daré una accion* (JUDICIUM DABO—AGERE PERMITAM) (3). Por úl-

(1) Dig. 43. 1. *De interdictis*. 2. §§ 1 y sig. f. de Paul. «Quoniam in hujusmodi controversiis, sæpe contingit et cædes fieri, et vulnera infligi, et plagas inferri», dice Teófilo en su paráfrasis, *hic*.

(2) Gay. 4. 141. Este punto, sobre el que el texto de Gayo no deja duda alguna, habia promovido discusiones entre los antiguos intérpretes del derecho romano, áun cuando se hallaba explícitamente expresado en la paráfrasis de Teófilo: «Rem itaque omnem prætori ordine exponunt. At is quædam verba inter eos pronuntiat, non litem dirimens, sed ad pedaneum judicem remittens, qui de controversia ipsorum cognoscat.»—Ademas se encuentran vestigios de multitud de fragmentos del Digesto relativos á los interdictos, donde se trata frecuentemente del *Officium judicis*, y principalmente, Dig. 23. 5. *Si ventris nomine.* 1 § 2. f. de Ulp.: «Necessario Prætor adjecit: *ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere.* Coget autem eum decedere, non prætoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum *ad jus ordinarium* remiserit.»

(3) Muchos son los ejemplos que conservamos en los interdictos referidos por Ulpiano. Dig. 43. 1. pr.—16. 1. pr.—17. 1. pr.

timo, la *intentio* de esta fórmula debia hallarse naturalmente concebida en los términos que el interdicto que se trataba de aplicar. Esto al ménos deducimos de este pasaje de Gayo: « *Judex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit quod prætor interdicto complexus* » (1).

Así, pues, en este procedimiento, el interdicto era la ley de la causa y de las partes, en beneficio de las cuales habia sido especialmente promulgada por el pretor, y el asunto se conceptuaba terminado en el momento que esta ley especial recibia la aplicacion, sin que se la opusiera excepciones; pues cuando esto último acaecia, se tenía por entablado el litigio, y entónces, como en todos los demas pleitos, daba el pretor á los litigantes un juez y una accion para la fórmula ajustada al interdicto.

Aquí, pues, se ve la inmensa diferencia que existia entre el interdicto y la accion; pues aquél emanaba del pretor, segun el poder que el mismo tenía de publicar edictos, miéntras que ésta, acomodada en fórmula á las partes, emanaba de su poder jurisdiccional.—El interdicto era una disposicion imperativa dirigida á las partes, con el fin de prevenir el tiempo, si á ello se sometian, ó de dársela como ley, si se entablaba la controversia; la otra era una mision dada al juez para que acordase lo conveniente en el litigio promovido.—El interdicto no reemplazaba á la accion, sino que, al contrario, la producia y le servia de base, cuando á pesar de la pronunciacion de este interdicto se formalizaba el litigio.

En los casos en que á la accion se la daba curso desde luégo por el pretor sin interdicto prévio, se fallaba la causa por leyes ó por edictos generales, y formando una legislacion comun á todos. En los casos contrarios, se entendia que la causa era de aquellás para las cuales se habia creido útil la intervencion de la autoridad legislativa del pretor; de manera que cada una de estas causas se resolvia por un edicto particular del pretor, que formaban una legislacion exclusiva para estos casos.

En este concepto el interdicto es, pues, un edicto particular, un edicto entre dos personas, como si dijéramos *inter duos edictum.* Así es que Gayo, en el pasaje que acabamos de citar (en la

(1) Por ejemplo, si se trataba de la posesion de un fundo ó de un edificio: « *Uter eorum eum eundem easve ædes per id tempus quo interdictum redderetur, nec vi, nec clam, nec precario possederit.* » (Gay. 4, 166.)

página anterior), y ademas en otro (1), le llama terminantemente EDICTUM PRÆTORIS, de la misma manera que se dice en el lenguaje jurídico *jus dicere*, *addicere*, *edicere*, como tambien se dice *interdicere*, y algunas veces *inter duos edicere;* ésta es la etimología que nos da nuestro texto en el párrafo siguiente: «*Quia inter duos dicuntur.*» No obstante, en la Instituta de Gayo vemos que se llamaban especialmente *interdictos* aquellos por los cuales el pretor prohibia alguna cosa; y *decretos*, aquellos en que se mandaba: «*Vocantur autem* decreta, *cum fieri aliquid jubet*, interdicta *vero cum prohibit fieri*» (2).

El ser los interdictos particulares á la causa, y personales á las partes para las cuales se prolongaron, es precisamente la razon de que Ulpiano diga en este sentido que por su naturaleza son todos ellos personales: «*Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*» (3). Y ésta es tambien la razon de que se tenga por punto de partida para el exámen del derecho de las partes, y para el cálculo de los frutos que puedan deberse, el momento en que se expide el interdicto, porque en él nace exclusivamente la ley de la causa, y, por consiguiente, el derecho que ella confiere (4).

Savigny, á quien debe la ciencia trabajos tan apreciables sobre la historia del derecho romano, sobre el conjunto de este derecho, y particularmente sobre la posesion y los interdictos, atribuye el orígen de éstos, segun las conjeturas de Niebuhr, al tiempo en que los patricios poseian tierras públicas en arrendamiento, sobre las que no tenian el derecho quiritario, ni, por consecuencia, las acciones que de él se derivaban, y para lo cual hubieran necesitado recurrir á la intervencion del pretor siempre que hubieran tenido que proteger su posesion; pero esto nos parece que es una explicacion poco extensa, y á la cual el escritor que trataba de la posesion se dejó conducir por la especialidad de su aserto. Por lo que á nosotros toca, estamos convencidos de que los interdictos se aplicaron en un principio á las materias de interes público. Todo prueba que los introducidos despues *rei familiaris causa* ocupan un puesto secundario, áun cuando los jurisconsultos del dere-

(1) Gay. 4. 166.
(2) Ibid. 4. 140.
(3) Dig. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. de Ulp.
(4) Dig. 43. 1. *De interd.* 3. f. de Ulp.

cho privado los consideren en el principal. No hay duda alguna en que el magistrado tuvo que atender á la proteccion de las cosas sagradas y de las religiosas, de los caminos públicos y de los rios navegables ántes de que se pensase en proteger las posesiones de los patricios. Estos intereses públicos, que se tocan siempre inevitablemente, son puntos acerca de los cuales la ley general no habia acudido desde su principio, porque se remitia á la vigilancia y al poder activo del magistrado, y el pretor atendia á ellos por medio de sus mandatos y sus prohibiciones. Y como la posesion privada se encontraba en el mismo caso, unas veces porque la ley general no habia tratado de ella, y otras porque la posesion interesaba tambien al órden y á la tranquilidad pública, á causa de las contiendas y desórdenes que por su causa podian ocurrir, el pretor lo precavió por el mismo medio.

Debemos, por tanto, atribuir el orígen de los interdictos á la necesidad en que debieron hallarse los pretores de intervenir y suplir con su autoridad, con sus mandatos y sus prohibiciones, á lo que no se hallaba prescrito por la ley, sobre todo en las materias de administracion pública y de policía, ó en las que podian producir contiendas y colisiones entre los particulares; y esto era áun ántes de que se hubiese introducido por ellos el uso y el poder de dar edictos generales. Esta necesidad de ventilar por la autoridad pretoriana los casos imprevistos es, sin duda alguna, el orígen de todos los edictos, tanto generales como particulares; pero conviene notar que con todo discernimiento los pretores, áun despues que su derecho de publicar edictos generales se hizo incuestionable, conservaron, no obstante, esta gran línea de demarcacion entre las materias que ventilaron de una manera general por edictos anuales publicados anteriormente para todos, y las materias que continuaron siendo objeto de edictos particulares ó interdictos, materias sobre las cuales, por un procedimiento completamente especial, se reservaba el pretor el derecho de intervenir especial é imperativamente por medio de un edicto pronuncido en cada asunto distinto, manifestando en los edictos generales la regla que seguia para dar en tal ó cual caso tal ó cual interdicto; pero sujetando á las partes á la necesidad de obtener de él un interdicto en cada causa.

Así, pues, este procedimiento especial, conservado y aplicado en seguida sólo en materias de cierta naturaleza, no ha debido su

orígen á la casualidad, sino á una grave meditacion y á la ciencia legislativa.

*Seu actionibus quæ pro his exercentur.* Luégo que en la concesion de los jueces y fórmulas se halló suprimido el oficio del pretor, podian las partes dirigir sus contestaciones al juez competente, y lo mismo debió suceder en la concesion de los interdictos. Entónces, en aquellas causas para las que el pretor hubiera dado ántes un interdicto, quedó á las partes simplemente el derecho de obrar ante el juez, para que se le asegurasen los derechos que el interdicto le habia asegurado. Los interdictos quedaron por esta razon como disposiciones de la legislacion pretoriana, que producian acciones. Esto es lo que expresan las palabras de nuestro texto, y tal es su transformacion bajo Justiniano.

## *Interdictos prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.*

I. Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco ædificari; vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pe us navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet: veluti, bonorum possessori possessionem eorum quæ quis pro hærede aut pro possessore possidet ex ea hæreditate; aut cum jubet ei qui possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quæ jubet exhiberi: veluti eum cujus de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate sunt. Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem

1. Se dividen los interdictos principalmente en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Son prohibitorios aquellos por los cuales el pretor prohibe hacer alguna cosa; por ejemplo, causar violencia á aquel que posee legítimamente, ó al que sepulta un cadáver en un lugar donde tiene derecho á ello, ó que se edifique sobre un lugar sagrado, ó hacer cosa en un rio público ó en su orilla que dañe á la navegacion. Restitutorios son aquellos por los cuales se manda restituir alguna cosa; por ejemplo, restituir al poseedor de los bienes la posesion de cosas hereditarias que otro posee, á título de heredero del poseedor, ó bien la posesion de un fundo al que de él ha sido arrojado por violencia. Son exhibitorios aquellos por los cuales el pretor manda exhibir alguna cosa; por ejemplo, al individuo cuya libertad está en litigio, ó al liberto cuyo servicio reclama el patrono, ó al padre exhibir los hijos sometidos á su potestad. Sin embargo, en la opinion de varios jurisconsultos no debia aplicarse el nombre de interdictos, hablando propiamente, sino á los prohibitorios, porque *interdecir* significa impedir, prohibir; y los

et exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

restitutorios y exhibitorios debian llamarse más bien decretos; pero la palabra *interdicto* se ha acomodado á todos, porque se pronuncia entre dos partes.

La fórmula final para los interdictos prohibitorios es ordinariamente : *Vim fieri veto*, ó simplemente *Veto;* — para los interdictos restitutorios : *Restituas;* — y para los exhibitorios : *Exhibeas.*

Esta primera division de los interdictos tenía alguna influencia respecto al procedimiento que debia seguirse en el litigio empeñado á consecuencia del interdicto : « *Et quidem*, nos dice Gayo, *ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet ; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis, modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur* » (1).

Á fin de dar una idea más completa de la materia, presentarémos aquí ejemplos de los principales interdictos, entre los cuales se hallarán explicados los que cita nuestro texto.

Así, pues, respecto á las cosas sagradas, el interdicto que prohibia causar daño en un lugar sagrado se halla concebido en estos términos : « *In loco sacro facere inve eum immittere quid veto* » (2).

Respecto á las cosas religiosas, un interdicto protegia en estos términos el derecho de inhumacion :

« *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto* » (3).

Y por otro el derecho de edificar un sepulcro :

« *Quo illi jus est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto* » (4).

Para las cosas públicas existian una multitud de interdictos, verbi-gracia :

Respecto á los lugares públicos, al que prohibia causar algun daño en ellos :

« *Ne quid in loco publico facias sive in eum locum immitas, qua ex re illi damnum detur, præterquam lege, senatus-consulto, decre-*

---

(1) Gay. 4. 141, y Ulpiano, *fragmento Vindobonense*, inserto en los textos anti-justinianeos de nuestro colega M. Blondeau, pág. 261.

(2) Dig. 43. 6. 1. pr.

(3) Dig. 11. 8. 1. pr.

(4) Dig. 11. 8. 1. pr.

*tove principium tibi concessum est : de eo quod factum erit interdictum dabo»* (1).

Ademas, habia otro que protegia el goce ó la percepcion de los derechos de los que habian arrendado algun lugar público (2).

El interdicto siguiente prohibia causar daño alguno en los caminos y vías públicas :

« *In via publica itinereve publico facere, immittere quid, quo ea via idve iter deterius fiat, veto*» (3).

Este interdicto era prohibitorio : por otro se mandaba restituir, es decir, reparar el daño causado :

«*Quod in via publica itinereve publico factum immissumve habes, quo ea via idve iter deterius fiat, restituas*» (4).

El siguiente protegia el derecho que tenía todo el mundo de usar del camino público :

« *Quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto*» (5).

Otro, ademas, que era el de limpiar y reparar el camino público (6), y el cual ha dado motivo á esta máxima que encontramos en los jurisconsultos romanos : « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* » (7).

Respecto á los rios públicos, se habian dado otros interdictos semejantes. Véase aquí el prohibitorio, prohibiendo hacer cosa que dañase á la navegacion :

« *Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit* » (8).

Despues habia un interdicto restitutorio, mandando reparar el daño que se hubiese hecho :

« *Quod in flumine publico ripave ejus fiat, sive quid in id flumen ripamve ejus immissum habeas, quo statio iterve navigio deterior sit, restituas.* »

Ademas otros dos, uno prohibitorio y otro restitutorio, prohi-

(1) Ibid. 1. § 5. — Dig. 43, 8. 2.
(2) Dig. 43. 9. 1. pr.
(3) Ibid. 8. 2. § 20.
(4) Dig. 43. 8. 2. § 35.
(5) Ibid. 2. § 45.
(6) Dig. 43. 11. 1. pr.
(7) Ibid. 2. f. de Javol.
(8) Dig. 43. 12. 1. pr.

biendo hacer nada que pudiese cambiar el curso de las aguas, y mandando reparar el daño que se hubiera hecho :

«*In flumine publico, inve ripa ejus facere, aut in id flumen ripamve ejus immittere quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit, veto*» (1).

Finalmente, por otro se protegia el derecho que tenía todo el mundo de navegar en los rios ó en los lagos públicos y cargar ó descargar los navíos :

« *Quominus illi flumine publico navem ratem agere, quominus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat interdicam*» (2).

El texto nos cita como ejemplos de interdictos exhibitorios algunos varios relativos á las personas. Acerca de esto Gayo nos da por regla que la accion *ad exhibendum* se da á aquel que tiene un interes pecuniario en la exhibicion; pero que siempre que se trata de otro interes cualquiera, es preciso recurrir á los interdictos (3).

Á la cabeza de estos interdictos colocarémos el *de libero homine exhibendo;* garantía de la libertad individual, que tiene por objeto impedir que un hombre libre pueda ser detenido por cualquiera persona (*tuendæ libertatis causa: videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam*) (4); éstos son los términos en que está concebida :

« *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas* » (5).

Este interdicto se concede á todo el mundo (*hoc interdictum omnibus competit; nemo enim prohibendus est libertati favere* (6): sin embargo, en caso de concurrencia se da á la persona más interesada (7). Es perpétuo (8). El hombre injustamente detenido debe ser exhibido, es decir, presentado en público (*in publicum producere*) (9) en el instante, sin demora alguna (*nec modicum*

---

(1) Ibid. 13. 1. pr.—El interdicto restitutorio acerca del mismo motivo se halla en la misma ley, § 11.
(2) Dig. 43. 14.
(3) Dig. 10. 4. 13.
(4) Dig. 43. 29. 1. § 1. f. de Ulp.
(5) Ibid. pr.
(6) Ibid. 3. § 9.
(7) Ibid. §§ 10 y sig. § 12.
(8) Ibid. § 15.
(9) Ibid. § 8.

*tempus ad eum exhibendum dandum*) (1). El bill *Habeas corpus* de los ingleses tiene mucha analogía con este interdicto.

El interdicto de *liberis exhibendis* se halla concebido en estos términos :

« *Qui, quæve in potestate Lucii Titii est: si is eave apud te est, dolove malo factum est quominus apud te esset: ita eum eamve exhibeas* » (2).

Este interdicto tenía, segun se ve, por objeto hacer exhibir al jefe de familia el hijo sometido á su potestad, detenido ú oculto por alguno; y un segundo interdicto de *liberis ducendis*, que estaba á continuacion de éste, tenía por objeto asegurar al padre el derecho de recobrar á su hijo :

« *Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est: quominus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto* » (3).

El interdicto *de liberto exhibendo*, de que hablan nuestro párrafo y un fragmento de Paulo en el Digesto (4), no ha llegado hasta nosotros en toda su pureza. Se daba al patrono para que biciese se le exhibiera el liberto, que habia contraido para con él la obligacion de ciertos servicios, á fin de hacérselos prestar (t. I, página 83).

El interdicto relativo á aquel cuya libertad se cuestionaba (*eum cujus de libertate agitur*), debia darse á toda persona que queria vindicar á otro individuo, ya estuviese en libertad ó bien en servidumbre (es decir, que solicitaba se le declarase libre ó esclavo), para hacer préviamente exhibir este individuo; y podia tambien en este caso, segun el fragmento de Paulo, entablar la accion *ad exhibendum* (5).

Por lo tocante á los demas interdictos citados en este párrafo, y que no hemos aún explicado, vamos á hacerlo en los párrafos sisiguientes.

---

(1) Ibid. 4. § 2.
(2) Ib. 30. 1. pr.
(3) Ib. 3. pr.
(4) Ib. 4. 9. § 1. Paul. — Gay. 4. 162.
(5) « De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest. (Dig. 10. 4. 12. pr.)

*Interdictos para adquirir; interdictos para retener; interdictos para recobrar la posesion, é interdictos dobles, llamados así porque se dan tanto para adquirir como para recobrar la posesion.*

II. Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam *adipiscendæ possessionis causa* comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

2. Se dividen tambien los interdictos en interdictos para adquirir, interdictos para retener, é interdictos para recobrar la posesion.

Se entiende sólo esta division con los interdictos relativos á la posesion, que son los que Paulo designa generalmente como dados *causa rei familiaris; quæ ad rem familiarem spectant* (1); por lo demas, esta division conviene con la anterior en que estos mismos interdictos, considerados bajo otro punto de vista, son unos prohibitorios y otros restitutorios.

*Adipiscendæ possessionis causa.* Es decir, para adquirir una posesion que nunca se ha tenido; para hacer que se nos adjudique una posesion de que nunca hemos gozado. « *Adipiscendæ possessionis sunt interdicta*, nos dice Paulo en el mismo fragmento, *quæ competunt his qui ante non sunt nacti possessionem.* »

Las demas divisiones, *retinendæ* y *recuperandæ possessionis*, se explican suficientemente por sí mismas.

III. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accomodatur bonorum possessori, quod appellatur QUORUM BONORUM. Ejusque vis et potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei posses-

3. Para adquirir la posesion se da al poseedor de los bienes el interdicto llamado QUORUM BONORUM, cuyo efecto es obligar á aquel que poseyese alguna cosa de los bienes dados en posesion, á título de heredero ó de poseedor, á que la restituya al poseedor de los bienes: posee á título de heredero aquel que cree serlo; y á título de poseedor, aquel que sin ningun derecho, y sabiendo que no le pertenece, posee una cosa hereditaria, ó tal vez la herencia toda entera. Se dice que este interdicto se da para adquirir la posesion, porque no es útil sino al que quiere adquirir por primera vez la posesion de una cosa: así, pues, este interdicto será

(1) Dig. 43. 1. 2. § 3.

sionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque *quod appellatur* SALVIANUM, adipiscendæ possessionis causa comparatum est; eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

completamente inútil al que, habiendo estado ya en posesion, llegase á perderla. Ademas, se da para adquirir la posesion el interdicto *llamado* SALVIANO, que tiene el propietario del fundo sobre las cosas del colono: dadas por éste en fianza para pago de su arrendamiento.

QUORUM BONORUM. Ya hemos anteriormente dado una idea sumaria de este interdicto, que se halla concebido en estos términos: « *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas* » (1).

Este interdicto, conforme vemos, y como lo hemos dicho ya en el párrafo primero de este título, es restitutorio, y no se aplica á cosa hereditaria en particular, sino á la universalidad de la herencia (*ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet*) (2). Se da al poseedor de los bienes, que estrictamente no tiene derecho alguno á la peticion de la herencia, pero que logra un resultado análogo haciéndose poner en posesion por medio de este interdicto. — El heredero no puede servirse de este interdicto sino en el caso en que reuna á esta cualidad la de poseedor de los bienes, y cuando haya aceptado esta posesion (3). En este caso, el interdicto le ofrecerá, sobre la peticion de la herencia, la ventaja de la celeridad y la diferencia de pruebas que tiene que presentar, pues le bastará probar únicamente que es poseedor de los bienes. — Respecto á la regla repetida en nuestro párrafo, de que el interdicto no se da sino contra aquellos que poseen á título de heredero ó de poseedor (*pro herede aut possessore*), ya la hemos explicado suficientemente (t. I, p. 634), hablando de la peticion de la herencia.

A continuacion de este interdicto puede citarse otro, relativo tambien á las herencias, y dado de la misma manera *adipiscendæ possessionis causa:* y es el interdicto QUOD LEGATORUM, concedido al heredero ó al poseedor de los bienes para hacerse restituir las

(1) Dig. 43. 2. *Quorum bonorum.* 1. pr.
(2) Dig. 43. 2. 1. § 1.
(3) Gay. 3. 34.

cosas que otro, sin su voluntad, detentase á título de legatario (*legatorum nomine*) (1).

*Quod appellatur* SALVIANUM. No debe confundirse este interdicto introducido por el pretor Salviano, con la accion Serviana, de que hemos hablado anteriormente; porque áun cuando los dos tendian á un mismo objeto, tenian, no obstante, cada uno distintas ventajas; pues el uno ofrecia todas las de un interdicto, miéntras la otra daba la de una accion: aquél era una vía posesoria, y ésta una vía petitoria, y no es preciso, para explicar estos dos medios, suponer que el pretor adoptó el interdicto Salviano como una preparacion para la accion Serviana, y que dejára de emplearse aquél desde el momento en que se introdujo ésta. — El interdicto Salviano no se daba á todo acreedor hipotecario, sino sólo al señor de un fundo rural sobre las cosas del arrendador ó colono afectas especialmente al pago del arrendamiento, para adquirir la posesion de ellas cuando aquél le faltase (2). Por otra parte, en ningun pasaje de los textos hemos visto nunca que se hubiese dado á los acreedores hipotecarios un interdicto *quasi-Salvianum*, así como se les habia dado una accion cuasi-Serviana; pues estos mismos objetos podia haberlos reclamado el propietario por la vía de la accion por medio de la accion Serviana, y así es preciso referirse á lo que ya hemos dicho acerca de esto. — Difícil es determinar con exactitud hasta qué punto podia ejercerse el interdicto Salviano contra los terceros detentadores. Pareceria resultar de una constitucion del emperador Gordiano, que no se podia ejercer más que contra el colono ó el arrendatario mismo; de manera que si los objetos habian pasado á terceros poseedores, quedaba sólo el recurso de emplear contra éstos la accion Serviana (3). Teófilo, sin embargo, dice terminantemente que podia entablarse sin distincion contra todo detentador (4); y este aserto está conforme con los de otros textos, y principalmente con un fragmento de Juliano, donde se admite explícitamente este principio (5). —

(1) Dig. 43. 3.

(2) Gay. 4. § 147. — Dig. 43. 33. *De Salviano interdicto.* — Cod. 8. 9. *De precario et Salviano interdicto.*

(3) Cod. 8. 9. 1.: «Id. enim (interd. Salvian.), tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.»

(4) TEÓFILO, hic: «adversus quemlibet possidentem rem coloni instituetur Salvianum interdictum.»

(5) Dig. 43. 33. *De Salv. interd.* 1. f. Julian., en el *principium*, donde el jurisconsulto da á uno, contra un tercer poseedor, el interdicto Salviano *utile*, para obtener la posesion del hijo nacido

No ha llegado hasta nuestras manos el texto del interdicto Salviano (1).

IV. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS, et UTRUBI, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur uter ex ligatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non potest petitoris actio institui; quia et civitis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utrisque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem UTI POSSIDETIS de fundi vel ædium possessione contenditur; UTRUBI vero interdicto, de rerum mobilium possessione: quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam UTI POSSIDETIS interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut

4. Para retener la posesion se dan los interdictos UTI POSSIDETIS y UTRUBI, siempre que, disputándose la propiedad de una cosa, se indaga, en primer lugar, cuál de los litigantes debe ser poseedor y cuál demandante; porque si primero no se decide á cuál de los dos pertenece la posesion, es imposible organizar la accion petitoria; pues que conforme á la ley y á la razon natural, debe haber uno que posea y otro que pida contra él; y como es más ventajoso poseer que reclamar, de aquí el que medie siempre una gran contienda sobre la misma posesion. La ventaja de ésta consiste en que áun cuando la cosa no pertenezca á aquel que la posee, si el demandante no puede probar que le pertenece á él, la posesion quedará en el que la tenía, y hé aquí la razon de que en el caso en que no estén bien deslindados los derechos de una parte y otra, el uso prescribe fallar contra el demandante. El interdicto UTI POSSIDETIS se aplica á la posesion de los fundos rurales y de los edificios, y el interdicto UTRUBI á la de las cosas muebles. Antiguamente existian grandes diferencias en sus efectos, porque segun el interdicto UTI POSSIDETIS triunfaba el que poseia en el momento del interdicto, siempre que no hubiese adquirido la posesion por violencia hecha á su contrario, ó fraudulentamente, ó por precario, ó la hubiera adquirido de cualquiera otro por violencia ó dolo, ó hubiese obtenido de cualquiera la concesion precaria; por el contrario, en el interdicto UTRUBI, la adquiria aquel que du-

---

en su poder, del esclavo hipotecado que ha adquirido; y en el § 1, en que el jurisconsulto se expresa así: « ..... Adversus *extraneum* Salviano interdicto recte experientur. »

(1) Gayo cita otros dos interdictos que pertenecen á la clase de los que se dan *adipiscendæ possessionis causa*, y que son: 1.°, el interdicto POSSESSORIUM en favor de aquel que habia comprado la universalidad de los bienes de un deudor, conforme hemos dicho anteriormente; y 2.°, el interdicto SECTORIUM en favor de los que habian comprado bienes atribuidos por confiscacion al pueblo romano, y llamado así porque estos compradores se designaban con el nombre de *sectores*, conforme lo hemos explicado más arriba. (Gay. 4. §§ 145 y 146.)

sibi possidere liceret. UTRUBI vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem, exæquata est : ut ille vincat, et in re soli at in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

rante la mayor parte de aquel año habia estado en posesion, sin violencia, fraude ni dependencia respecto á su contrario; pero hoy no sucede lo mismo, habiendo sido estos dos interdictos asimilados en sus efectos respecto á la posesion, hasta tal punto, que bien sea que se trate de una cosa mueble, bien de una inmueble, la adquiere aquel que, en el momento de la contestacion del pleito posee sin violencia, fraude ni dependencia respecto á su contrario.

El texto explica extensamente la principal utilidad de los interdictos *retinendæ possessionis causa*, siempre que se entablan como preliminar de la contestacion sobre el derecho de propiedad, para determinar la situacion de las partes y garantir al poseedor las ventajas de la defensa, así como el sostenimiento de su posesion hasta la prueba de su propiedad.

No se debe, empero, creer fuese ésta su sola utilidad, pues que se empleaban tambien estos interdictos para asegurar la posesion contra los atentados y las violencias que pudieran perturbarla, aunque no la arrancasen.

UTI POSSIDETIS. Este interdicto se halla concebido en estos términos : « *Uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis quominus ita possideatis vim fieri veto.— De cloacis hoc interdictum non dabo: neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam* » (1).

Este interdicto es prohibitorio : prohibe que ninguno perturbe al poseedor con violencia de ningun género ; y áun cuando esta fórmula no habla sino de los edificios, debe considerarse sólo como un ejemplo, pues que el interdicto se aplica tambien á todos los inmuebles (2); ademas, vemos por estos mismos términos que es anual; es decir, que debe entablarse dentro del año en que ha

(1) Dig. 43. 17. 1. pr.— Esta fórmula se encuentra tambien en Festo en términos poco más ó ménos iguales : « Possessio est, ut definivit Gallus Ælius, usus quidem agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est (e) rebus quæ tangi possunt ; nec qui dicit se possidere, is vere potest (*rem suam*) dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his quis possidet rem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur : « *Uti nunc possidetis eum fundum* Q. D. A., *quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possideatis* (*quominus*), *ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* »

(2) Dig. 44. 17. 1. §§ 1, 7 y 8.

ocurrido la perturbacion ó violencia, á contar desde el momento en que se realizó.

Exigen alguna explicacion estas expresiones del interdicto : *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis*. Poseer *vi*, es poseer por violencia, *clam*, fraudulentamente; *precario*, á título precario, es decir, en virtud de una concesion demandada con súplicas y ruegos, cuya duracion será únicamente la que quiera el que la hizo : «*Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiu quandiu is qui concessit patitur*» (1) : pero debemos manifestar que para que se puedan oponer estos vicios de la posesion al que pide el interdicto, es preciso que existan, y que conciernan personalmente á su adversario; es decir, que sea á su mismo adversario á quien se haya arrancado por violencia ó privado fraudulentamente de la posesion; ó que sea de él de quien la obtuvo por título precario : porque importaria muy poco que existiesen estos vicios respecto de otro, siempre que se hallase exento de ellos el adversario : el interdicto protegeria la posesion. Esto es lo que significan las palabras del interdicto *alter ab altero*, y lo que explica nuestro párrafo extensamente.

UTRUBI. Conocemos la fórmula de este interdicto por un fragmento de Ulpiano.

« *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusse anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*» (2).

El ejemplo de esta fórmula esta sacado de un caso de contestacion sobre la posesion de un esclavo; pero el interdicto se extendia generalmente á todas las cosas inmuebles. Aquí debemos aplicar las observaciones que hemos hecho sobre el interdicto anterior acerca de los vicios de la posesion, marcando bien la diferencia de tiempos. En el interdicto *uti possidetis*, para los inmuebles, se mantenia en la posesion al poseedor actual; y en el interdicto *utrubi*, para los muebles, al que durante el año habia poseido por más tiempo.

Esta diferencia, que áun existia, como lo prueban los fragmentos del Vaticano, en tiempo de los emperadores Diocleciano y Maximiano, no existia ya en los de Justiniano; pues en esta última época obtenia la preferencia, en los dos casos mencionados, el que poseia en el momento mismo de la contestacion.

---

(1) Dig. 43. 26. 1. pr. f. Ulp.
(2) Dig. 43. 31. *De utrubi*. 1. pr. — Y Gay. 4. 160.

V. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quod deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque retineri possessionem placet, id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non delinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit retinere possessionem videatur. Adipisci vero pessessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

5. Se posee, no sólo cuando está uno mismo en la posesion material, sino tambien cuando alguno posee en nuestro nombre, áun cuando no esté sujeto á nuestra potestad, como el colono y el locatario, el depositario y el que ha tomado préstamo; y hé aquí por qué se dice que podemos retener la posesion por medio de cualquiera persona que posee en nuestro nombre. Mucho más puede retenerse la posesion por la intencion sola, es decir, sin estar en posesion, ni por sí mismo ni por otra persona, siempre que no se abrigue el intento de abandonar la posesion, sino que, al contrario, aunque distante de la cosa, se piense volver á ocuparla; pues en este caso se retiene siempre la posesion. Por lo que toca á la adquisicion de ésta, hemos expuesto ya en el segundo libro por medio de qué persona se puede lograr, y no hay duda alguna en que ninguna persona puede adquirirla por la sola intencion de hacerlo.

Hemos desenvuelto ya los principios enunciados en este párrafo, hablando de la naturaleza de la posesion, de la manera con que puede adquirirse ó perderse, y creemos basta con recurrir á nuestras anteriores explicaciones.

VI. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum UNDE VI per quod is qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de

6. Para recobrar la posesion se da un interdicto, en el caso en que alguno haya sido expulsado por violencia de la posesion de un fundo ó de un edificio, interdicto que se llama de UNDE VI, y por el cual se obliga al que le expulsó á restituirle en la posesion, áun cuando aquélla la hubiera adquirido el que le expulsó de ella por violencia, fraude, ó por un título precario. No obstante, conforme á las constituciones sagradas, segun hemos dicho ya anteriormente, si alguno se apoderaba de alguna cosa por violencia, perdia la propiedad de ella, si la conservaba, y si pertenecia á otro, deberá, ademas de su restitucion, pagar él otro tanto al que hubiese sufrido la violencia. Por otra parte, el que expulsa á otro de un fundo violenta-

vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit. Sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides.

mente, contraviene á la ley Julia sobre la violencia privada y pública: siendo violencia privada si la cometia sin armas, y pública, si la cometia á mano armada. Por armas se entienden, no sólo los escudos, las espadas y los cascos, sino tambien los palos y las piedras.

El interdicto UNDE VI se entablaba antiguamente en dos casos enteramente distintos, segun que se tratase de violencia á mano armada (*de vi armata*), ó de violencia ordinaria (*de vi quotidiana*), es decir, sin armas.

En el caso de violencia ordinaria, aquel que habia sido expulsado de un inmueble por ella era restablecido en su posesion por medio del interdicto, siempre que él mismo no poseyese *vi, clam* ó *precario*, respecto de su adversario (1).

Mayor severidad se observaba cuando la expulsion se habia hecho á mano armada: pues fuese cualquiera la posesion que se hubiese obtenido por la fuerza de las armas, se obligaba á la restitucion por medio del interdicto; y aunque el que hubiera usado de violencia á mano armada, sólo lo hubiera hecho para recobrar una posesion de que se le hubiese despojado ántes á él *vi*, *clam* ó *precario*, no se hallaba por eso ménos sujeto á la accion del interdicto (2). Siempre se observará el principio de que, en caso de agresion á mano armada, se podia legítimamente repeler la fuerza con la fuerza, no sólo para resistir, sino tambien para recobrar lo que la violencia hubiese arrebatado: siempre que esto se hiciese sin intervalo, y como si dijéramos en una sola lucha, porque una vez terminada ésta, no se podia emplear mano armada para recobrar la posesion, so pena de quedar sujetos á la accion de interdicto (3).

En tiempo de Justiniano se confundian estos dos casos; pues, que fuese la violencia de cualquiera manera, armada ó no armada, daba siempre lugar al interdicto, áun en el caso en que el expulsado hubiera tenido sólo una posesion violenta, dolosa ó precaria respecto del adversario. Esto es al ménos lo que nos dice nuestro texto.

---

(1) Gay. 4. 154.
(2) Ib. 155.
(3) Dig. 43. 16. 3. § 9. f. Ulp.

La fórmula del interdicto UNDE VI ha sido insertada en el Digesto al tenor de un fragmento de Ulpiano, que se halla concebido en estos términos:

« *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo quoque ille tunc habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum pervenit, judicium dabo* » (1).

Pero como en esta fórmula no se hace mencion de la naturaleza de la posesion *vi*, *clam* ó *precario*, ni de la naturaleza de la violencia, armada ó desarmada, debemos creer que se hiciese en ella alguna supresion para ponerla en armonía con el nuevo sistema.

Este interdicto UNDE VI se empleaba sólo respecto á los inmuebles, pudiendo el poseedor, cuando se trataba de los muebles arrebatados por violencia, bien reclamar la posesion por el interdicto UTRUBI, bien intentar la vía de la accion por la *vi bonorum raptorum*, ó *furti ad exhibendum* (2).

Notarémos, sin embargo, que en la constitucion de Valentiniano, de Teodosio y de Arcadio, de que hemos hablado arriba, se hallaba igualmente reprimida la ocupacion violenta, tanto de muebles como de inmuebles.

Por el texto del interdicto *unde vi* vemos tambien que era anual.

*Tenetur lege* JULIA DE VI PRIVATA AUT PUBLICA. Aquí se trata de las acusaciones públicas y de las penas criminales á que se halla sujeto, independientemente de las acciones civiles, el que ha cometido una violencia. Pronto tratarémos de esto en el párrafo 8.º del título 18 inmediato.

Tambien se puede contar el interdicto DE PRECARIO en el número de los interdictos *recuperandæ possessionis causa.* Se daba al que habia concedido un inmueble á título precario, para que reclamára la posesion si se negaba á restituírsela el concesionario. Éstos son los términos en que se hallaba concebido:

« *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, idilli restituas* » (3).

Por último, tendriamos que referir aún gran número de interdictos, que se colocan, ya en unas, ya en otras de las divisiones anteriormente hechas, tales como los interdictos relativos á los derechos de uso ó de servidumbre: *de itinere actuque privato, de aqua*

---

(1) Ib. 1. pr.
(2) Ib. 1. §§ 3 á 7.
(3) Dig. 43. 26. 1. pr.

*quotidiana et æstiva*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*, *de superficiebus*; y áun á éstos: *quod vi aut clam*, *de arboribus cædendis*, *de glande legenda*, *de migrando*, *de tabulis exhibendis*, *de remissionibus*; pero nos impiden seguir adelante los límites de esta obra (1).

Manifestarémos que las fórmulas de los interdictos, conservadas hasta el dia, no son conocidas casi todas por los fragmentos de Ulpiano insertos en el Digesto.

Al descubrimiento reciente de un fragmento de la Instituta de este jurisconsulto debemos el conocer una cuarta especie de interdictos, que se refieren á la division que acabamos de examinar. Y efectivamente, no está completa la division en interdictos *adipiscendæ*, interdictos *retinendæ*, é interdictos *recuperandæ possessionis causa*, sino que falta otra cuarta especie, que conocemos por un fragmento de Paulo, inserto en el Digesto: «*Sunt interdicta* (*ut diximus*) *duplicia*, *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*» (2). Así, pues, hay ademas interdictos llamados dobles, porque se dan tanto para adquirir una posesion que nunca se ha tenido, como para recobrar una que se ha perdido.

¿Pero en qué lugar buscarémos ejemplos de estos interdictos? En vano Cujacio agotó todos sus esfuerzos, viéndose al cabo obligado á decir: «Examínense, discútanse, recórranse todos, y si se encuentra uno solo de esta naturaleza, quiero que en adelante se niegue fe á cuanto afirme sobre el derecho civil» (3). Así, pues, se ha llegado á creer que este pasaje del Digesto habia sido alterado ó corrompido, y que nunca existió esta clase de interdictos.

Pero un fragmento de Ulpiano, descubierto por el bibliotecario Endlicher en la biblioteca del palacio imperial de Viena, ha venido á descubrirnos los ejemplos tan buscados (sunt etiam interdicta duplicia, tam) «*adipiscendæ quam recuperandæ possessionis; qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM, *et* QUAM HEREDITATEM: *nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam*, *nec lis defendatur*, *cogitur ad me transferre possessionem*, *sive numquam possedi*, *sive antea possedi deinde amissi possessionem.*»

Esta especie de interdictos tiene una particularidad en el procedimiento romano. En una accion *in rem*, el demandado que poseia la cosa reclamada estaba obligado, como hemos visto ante-

(1) Ib. tít. XVIII y sig.
(2) Dig. 43. 1. *De interd.* 2. § 3. *in fin.* f. Ulp.
(3) CUJACIO, *observ.* IV, 11.

riormente, á dar caucion para la restitucion de la cosa y de sus accesorios (la caucion *pro prœde litis et vindiciarum;* más adelante lo estuvo á dar la caucion *judicatum solve*), para el caso en que perdiese el pleito. Si se negaba á dar esta caucion (*si ille non defendatur*), se entendia que desistia del pleito, y, por consiguiente, desde entónces, y sólo por esto, quedaba obligado á transferir al demandante la posesion de la cosa litigada. Se le mandaba hacerlo así por medio del interdicto QUEM FUNDUM, concebido poco más ó ménos en estos términos: «*Quem fundum Aulus Agerius a te petit si litem non defendas, ita eum illi restituas.*» Y resultaba de esta traslacion de posesion, que quedaba trocado el papel de las partes, de modo que si el demandado primitivo queria reclamar y proseguir la contestacion, estaba obligado á hacer el papel de demandante, y á presentar la prueba de su derecho de propiedad, pues que la posesion habia pasado á su contrario.

El mismo cambio de procedimientos acontecia en la peticion de herencia por medio del interdicto QUAM HÆREDITATEM; en la peticion de un derecho de usufructo por medio del interdicto *quem usumfructum*, como nos enseñan los fragmentos del Vaticano (1); y probablemente tambien sucederia lo propio en la peticion de toda servidumbre (2).

El efecto de estos interdictos era, segun nos dice Ulpiano, unas veces hacer adquirir al demandante por primera vez la posesion de la cosa litigiosa, si no la habia tenido nunca; otras hacérsela recobrar, si ya la habia tenido; en este sentido, pues, se llaman estos interdictos dobles (3). En tiempo de Justiniano habian caido ya en desuso, y así es que en los textos de este emperador no se trata de ellos, y sólo por inadvertencia los compiladores del

---

(1) VATIC. J. R. FRAGM. § 92: «Ulpianus, lib. 4. *De interdictis*, sub titulo, y *quo usufructus petatur si rem nolit defendere.* Sicut corpora vindicanti, ita et jus, satisdari oportet, et ideo necessario exempla interdicti QUEM FUNDUM proponi etiam interdictum QUEM USUMFRUCTUM vindicare velit, de restituendo usufructu.»

(2) Dig. 39. 2. *De damno infecto*, 45. f. de Scevol., que debe explicarse por esta traslacion de posesion.

(3) Este fragmento de Ulpiano, relativo á los interdictos QUEM FUNDUM QUAM HEREDITATEM, nos da la explicacion de muchas leyes, cuyo sentido ha quedado más ó ménos oscuro, principalmente Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 80. f. de Fur. Anthian.—39. 1. *De oper. nov. nuntiat.* 15. f. de Afric. Cod. 8. 6. *uti possid.* 1. const. de Dioc. y Maxim.—Véase, respecto al descubrimiento de este fragmento y á sus resultados científicos, lo que nuestro colega Pelliat ha publicado en la *Revista de legislacion y jurisprudencia*, año de 1836, tit. IV, páginas 411 y sig.—Tambien se encontrará el texto de este fragmento bajo el título de *Ulpiani fragmentum vindobonense* en la coleccion de textos anti-justinianeos por nuestro colega Blondeau, pág. 261.

Digesto los han mencionado en el pasaje precitado de Paulo, aunque suprimiendo la mayor parte de las cosas.

La denominacion de los interdictos dobles se daba tambien en otro sentido, que será objeto de la division siguiente.

### *Interdictos simples, ó interdictos dobles, en el sentido en que cada parte tiene en ellos el doble carácter de actor y reo.*

VII. Tertia divisio interdictorum hæc est quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. Namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui; reus is est a quo desideratur ut restituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt veluti cum prohibet præ or in loco sacro, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri : nam actor est, qui desiderat ne quid fiat; reus, qui aliquid facere conatur. *Duplicia sunt veluti* UTI POSSIDETIS *interdictum, et* UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipe reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.

7. La tercera division de los interdictos es en simples ó dobles. Son simples aquellos en que uno es el actor y el otro el reo; y tales son los interdictos restitutorios ó exhibitorios, en los cuales es demandante aquel que quiere hacer exhibir ó restituir alguna cosa, y demandado aquel á quien se pide esta exhibicion ó restitucion. Respecto á los interdictos prohibitorios, unos son simples y otros son dobles: simples, por ejemplo, son aquellos en que el pretor prohibe hacer alguna cosa en un lugar sagrado, ó en el cauce ó en la orilla de un rio, porque en ellos es demandante el que quiere impedir que se haga, y demandado el que quiere hacerlo. Dobles son los interdictos UTI POSSIDETIS y UTRUBI, denominacion que toman por ser igual en ellos la condicion de las dos partes, pues no hay ni actor ni reo, sino que cada una de aquéllas puede tener á un mismo tiempo este doble carácter.

*Duplicia sunt, veluti* UTI POSSIDETIS *interdictum, et* UTRUBI. Estos dos interdictos al parecer se citan aquí y en Gayo solamente como ejemplo; pero nosotros no conocemos otros que tengan el mismo carácter. Esta calificacion de dobles se aplica igualmente á las tres acciones : *Finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, en las cuales cada parte es á la vez demandante y demandado, y en el mismo sentido se dice tambien, tanto de aquellos interdictos como de estas acciones, que son *mistos* (1), porque bajo este concepto, las calificaciones de *dobles* ó *mistos* son

(1) Dig. 44. 7. 37. § 1. f. de Ulp.

sinónimas (1). Esta naturaleza especial del interdicto era importante en la continuacion del litigio; pues haciendo simultánea y recíprocamente las dos partes el oficio de demandado ó demandante, habia motivo para condenar ó absolver tanto á una como á otra (2). Gayo, á causa de esta identidad de carácter en las dos partes, nota que el pretor la ha tenido en cuenta en la fórmula de estos dos interdictos, pues se hallan mencionados en ellos en los mismos términos (*pari sermone cum utroque loquitur*) (UTI POSSIDETIS; UTRUBI HIC HOMO..... FUIT) (3).

### *Del procedimiento en materia de interdictos.*

VIII. De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur — qualia sunt hodie omnia judicia — non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

8. En cuanto á los trámites y resolucion que antiguamente tenian los interdictos es inútil ya decir cosa ninguna, porque siempre que se ejerce la jurisdiccion extraordinariamente (cosa que sucede hoy en toda clase de juicios), no se necesita pronunciar interdicto, sino que se juzga sin él, del propio modo que si se hubiera concedido una accion útil en virtud de interdicto prévio.

Despues de tratar Gayo en su Instituta de los interdictos, trata de sus trámites y sustanciacion definitiva (4); pero la parte del manuscrito en que se ventila este asunto ha llegado á nosotros con muchas lagunas : sin embargo, dirémos algo sobre él, aunque no sea más que dar una breve idea.

La *vocatio in jus* para la demanda de un interdicto llevaba los mismos trámites que para la demanda de una accion; los mismos medios habia para hacer comparecer al demandado, y si éste se ocultaba, ó bien en su ausencia no se presentaba nadie á responder por él, se decretaba inmediatamente la posesion (5).

(1) Dig. 10. 3. 2. § 1. f. de Gay.—10. 1. 10. f. de Julian.

(2) Miéntras que ordinariamente no hay lugar á la condena sino contra el demandado, que se dice absuelto cuando gana el litigio.

(3) Gay. 4. 160.

(4) Ibid. 161 y sig.

(5) «Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait» (Dig. 43. 29. *De homine libero exhib.* 3. § 14. f. de Ulp.). Parece por este pasaje que la facultad de presentar demanda de interdicto, áun contra un adversario ausente, era una particularidad excepcional.

Cuando ya las partes se hallaban *in jure*, es decir, ante el magistrado, entendíase reconocido el derecho del demandante en cuanto al demandado si éste confesaba los hechos : en el caso de que éstos fueran evidentes, se consideraban terminados los procedimientos.—Y así como en las demandas de accion, seguidas de confesion de parte, resolvia el pretor en definitiva, es decir, no expedia fórmula que organizase una instancia ante un juez, así tampoco en la demanda de interdictos demoraba su fallo definitivo, sino que por sí propio sentenciaba, y en virtud de su *jurisdictio* ó de un *imperium* expedia una órden inmediatamente obligatoria, que en caso necesario hacía ejecutar por medio de la fuerza que estaba á su disposicion y por manos de sus agentes (1).

Pero cuando no mediaba esta confesion de parte, este reconocimiento, habia lugar al litigio, y entónces el pretor expedia un interdicto, que servia de ley especial para aquel determinado caso, considerándose por este hecho formulada la instancia, cuyos límites y tribunal competente vamos á examinar.

Parécenos que en el primitivo sistema formulario se sujetaban todos los interdictos á una misma clase de procedimiento, es decir, al procedimiento *per sponsionem;* y nos fundamos en que esta *sponsio* ha sido una de las primeras derivaciones del *sacramentum*, un trámite, digámoslo así, transitorio para pasar del sistema de las acciones de la ley á otro ménos rigoroso. Nos consta, ademas, que ántes de que se introdujera el *sacramentum*, y en lugar de él, se limitaban las partes á prometer el pago, por promesa verbal quiritaria (*per sponsionem*) y con fiadores (*prædes*); despues á prometerse recíprocamente con idéntica promesa, aunque sin mediacion de fiadores, el pago de una suma, que se adjudicaba, no al tesoro público, sino al litigante que saliese victorioso ; es decir, que el procedimiento se entablaba por una especie de apuesta prévia, que cualquiera de las partes podia perder si perdia el pleito. Esta primera forma del sistema formulario extendido á los ciudadanos, forma puramente transitoria, fué aplicada posterior-

(1) «Et si alia quacumque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel restitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur : dici potest, in his omnibus, subsequi Prætorem voluntatem orationis Divi Marci debere : et omne omnino quod quis confesus est, pro judicato haberi..» (Dig. 42. 2. *De confessis.* 6. § 2. f. de Ulp.)—«Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, jubendus est exhibere : et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in præsentiarum exhibere, sed si neget se exhibere posse, vel oportere : inderdictum hoc competit.» (Dig. 43. 5. *De tabul. exhib*, 1. § 1. f. de Ulp.)

mente á los interdictos y se conservó largo tiempo.—El demandante, que suponia haberse violado ó desobedecido un interdicto, provocaba al demandado por una *sponsio* apropiada á cada caso y especie de interdicto; de modo que en un interdicto prohibitorio, por ejemplo, la fórmula de la *sponsio* era la siguiente, poco más ó ménos: *¿En el caso de que hayas hecho algo en contra del edicto del pretor que nos ha expedido interdicto, prometes dar tanto?* Dada respuesta afirmativa por el demandado, preguntaba éste á su vez al demandante, formulando una estipulacion inversa, llamada *restipulatio*, concebida en los términos siguientes: *¿En el caso de que yo no haya hecho cosa alguna contra el edicto del pretor que nos ha expedido interdicto, prometes dar tanto?* (1). Dada respuesta afirmativa á su vez por el demandante, se consideraba hecha la promesa recíproca, y en su consecuencia, la parte que salia vencida en el litigio perdia la suma prometida. La *sponsio* en materia de interdictos era cosa grave, pues en el hecho de hallarse destinada á castigar al litigante injusto, tenía un carácter penal; y por eso sin duda dice Gayo que se entablaba esta grave fórmula, *cum pœna, cum periculo* (2).

De dos maneras puede explicarse que en el primitivo sistema formulario haya sido comun este trámite á todos los interdictos, y que se les haya aplicado constantemente como regla general.—En primer lugar, fácilmente se concibe que bajo el régimen formulario hayan debido empezar los interdictos por el trámite en cuestion, habiendo éste sido el primero que sirvió de tránsito para pasar de las acciones de la ley al uso de las fórmulas, áun entre ciudadanos.—En segundo lugar, militaba respecto de los interdictos una razon particular, que ha conservado el uso de las *sponsiones* y *restipulaciones*, áun despues de haberse establecido de lleno el sistema formulario; y esta razon consistia en que el interdicto no era de derecho civil, sino de derecho pretorio; es decir, una órden del magistrado, una ley especial á determinada causa, y personal á las partes, cuyo objeto era llenar el vacío de la ley comun.—Así es que la fórmula de las *sponsiones* ó *restipulaciones* producia un verdadero compromiso de derecho civil quiritario, y

(1) «Nam actor provocat adversarium sponsione: *Si contra edictum Prætoris, non exhibuerit aut non restituerit;* ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur.» (Gay. 4. § 165).—Véase un ejemplo formulario de la *sponsio* y la *restipulatio* para el interdicto *uti possidetis* en Gay. Com. 4. § 166.

(2) Gay. 4. §§ 141. 162.

abria camino para entablar un pleito civil, lo cual es actualmente el mismo procedimiento que el empleado para acomodar las acciones reales al uso de las fórmulas.—La razon de no ser aquí la *sponsio* una fórmula puramente conminatoria y prejudicial, sino una cosa grave, con carácter penal, recíproca é irremisiblemente obligatoria para ambas partes, es el deseo de dar una sancion más solemne á los decretos del pretor; pues que en materias como la que nos ocupa, de interes público, ocasionadas á contiendas y vías de hecho, debia bastar el temor de perder lo depositado para evitar entre las partes toda la violencia ó fraude recíprocamente.

Asentadas de este modo las bases del proceso, recibian las partes de manos del pretor una fórmula de instancia, con la cual acudian ante el juez ó ante los recuperadores que debiesen ventilar la cuestion y pronunciar la sentencia (1).

Puede fundadamente creerse que el pretor nombraba recuperadores cuando el negocio era tan sencillo que pudieran éstos ser elegidos en el acto entre las personas presentes (*repente apprehensi*), para juzgar inmediatamente ó en brevísimo término : «*ut quam primum res judicaretur*», como dice Ciceron : «*ut protinus a recuperatoribus..... condemnetur*», como dice Gayo (*Hist. del der.*). Es probable tambien, que tanto los términos para la constitucion de juez, como para la presentacion de la instancia, fuesen más breves en materia de interdictos que en los pleitos ordinarios; y en todo caso, siempre es de creer que hubiese trámites cortos para acelerar la resolucion del asunto. Así parecen indicarlo los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, cuando en el código Teodosiano nos dicen que no se admitirán apelaciones en el interdicto QUORUM BONORUM, para evitar que se dilaten trámites precisamente inventados para acelerar el juicio (*quod beneficio celeritatis inventum est*) (2).

Sea de ello lo que quiera, la verdad es que á nuestra noticia no han llegado los detalles de estas fórmulas de abreviacion ; debiendo añadir que no aparece por cierto semejante brevedad en los preliminares para entablar la accion, pues que se necesitaba obte-

(1) «Ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi, editis formulis, quæritur an aliquid adversus prætoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit» (Gay. 4. § 141).

(2) «In interdicto QUORUM BONORUM cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, sublatur injuriis tarditatis.» (Cod. Teod. 11. 36. *Quorum appellat. non recip.* 22. const. de Valent., Val. y Grac.)

ner préviamente el interdicto. Pero de cualquier modo se ve que tanto esta prévia intervencion del pretor como la facultad que se le concedia de hacer cumplir inmediatamente su mandato ejecutivo por medio de sus auxiliares (*manu ministrorum*), en el caso de que los hechos fuesen patentes ó confesados, y finalmente, el peligro de perder la suma empeñada por medio de las *sponsiones restipulaciones*, todo esto debia ser motivo bastante en negocios sometidos á la especial vigilancia de la autoridad para atajar el pleito en su orígen.

Pero á medida que se fué desarrollando el sistema formulario, vino el sistema de las *sponsiones* y *restipulaciones* á ser sustituido, respecto de ciertos interdictos, por otro más sencillo y ménos peligroso. Por ejemplo, cuando el interdicto mandase restituir ó exhibir alguna cosa (RESTITUAT, EXHIBEAT), no parece lógico ni oportuno que terminase el proceso únicamente con imponer penas pecuniarias, como lo eran todas las del sistema formulario ; sino que en el caso de que el juez declarase haber lugar á la restitucion ó exhibicion, pudiera el demandado verificarla en especie, ya de grado, ya por fuerza (*manu militari*), si era necesario. Lo mismo sucedia respecto á las acciones reales ; y ya hemos visto cómo el pretor lo habia felizmente introducido creando la fórmula arbitraria de que dejamos hecha mencion, fórmula que despues se aplicó á los interdictos restitutorios ó exhibitorios. Así, pues, en esta clase de interdictos, el pretor expide simplemente á las partes una fórmula arbitraria (*formulam arbitrariam*), por la cual, mediante la frase NISI RESTITUAT, NISI EXHIBEAT, adquiere poder el juez para arbitrar y ordenar por un *jussus* prévio la manera de satisfacer el demandante, si se le reconoce con legítimo derecho. Dada esta satisfaccion, el demandado queda absuelto ; y si no satisface, se le condena al pago de daños y perjuicios (*quanti ea res est*) (1). Pero de cualquier modo, ni en uno ni en otro caso está sujeta ninguna de las partes á una pena como la que resulta de la *sponsio*, porque no media entre ellas ningun compromiso prévio. Por eso dice Gayo que esta segunda especie de procedimiento corre *sine pœna, sine periculo*. En resúmen, del propio modo que las acciones en que se trata de restitucion ó exhibicion (es decir, de las acciones *in rem*, *finium regundorum*, *doli mali*, *quod metus causa*,

---

(1) Gay. 4. § 163.

*ad exhibendum*), se determinan por una fórmula arbitraria, así tambien esta propia fórmula es aplicable á los interdictos restitutorios ó exhibitorios; pues que tanto en las primeras como en los segundos, la razon de emplearse esta fórmula arbitraria es el carácter de restitucion ó exhibicion, comun á unos y otros (1).

Pero para que el pleito pueda ajustarse á este procedimiento más sencillo, es necesario que el demandado (y aunque sea el demandante) lo soliciten del pretor inmediatamente despues que éste haya expedido el interdicto y ántes que salga del tribunal, de modo que el pleito quede sustanciado en el acto. «*Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a Prætore discedat : sero enim petentibus non indulgebitur*» (2). Y esto sin duda se estableció bajo el supuesto de que tratándose en este interdicto de reclamar la restitucion ó exhibicion de una cosa, el demandado debe saber bien si el demandante está ó no obligado á restituirla ó á exhibirla ; y, por lo tanto, debe resolverse á contestar en el acto á la demanda, pues de lo contrario el pleito no podrá ménos, en adelante, de sustanciarse por la regla comun, mediante un compromiso prévio y recíproco formulado por la *sponsio* con que el demandante provoca á su adversario en estos términos : «SI CONTRA EDICTUM PRÆTORIS NON EXHIBUERIS, ó NON RESTITUERIS, etc.», y á su vez el demandado exigirá la *restipulatio* inversa ; con lo cual ambos correrán los riesgos inherentes á esta última fórmula (3).

En cuanto á los interdictos prohibitorios, siempre se han sustanciado por los trámites primitivos, es decir, *per sponsionem*, y nunca por la *fórmula arbitraria*, pues que no tratándose en estos interdictos de restituir cosa ninguna, sino únicamente de prohibir un hecho prejudicial, se ha creido que una vez violada esta prohi-

---

(1) Por medio de los interdictos restitutorios, por ejemplo, se obliga á reparar, restablecer, restituir verdaderamente el daño que se haya causado en una vía pública, en la navegacion de los rios ó en los canales de riego : como tambien á restituir en especie al poseedor de bienes la posesion de los hereditarios (interdicto QUORUM BONORUM), ó al heredero la de los legados que se posean sin su voluntad (interdicto QUOD LEGATORUM), ó al dueño de un fundo rural la de las cosas especialmente afectas al pago de los arriendos (interdicto SALVIANUM), ó á su dueño la de las cosas robadas violentamente (interdicto UNDE VI) ú obtenidas á título precario (interdicto DE PRECARIO), y finalmente otros muchos. Del propio modo los interdictos exhibitorios obligan á presentar originales las tablas testamentarias, ó al hombre libre, al hijo de familia ó al liberto, cuya exhibicion respectiva ha sido solicitada por los interdictos *de tabulis*, *de homine libero, de liberis*, *de liberto*, *exhibendis*.

(2) Gay. 4. § 164.

(3) Gay. 4. § 165.

bicion, debe imponerse al violador una pena pecuniaria (1). Por ejemplo, si se me ha impedido pasar por un camino público, navegar un rio, ó sepultar en tierra donde tuviese derecho á hacerlo; ó bien si habia cometido alguna profanacion de un sepulcro ó de cualquiera otra cosa sagrada, no se puede exigir más reparacion que una suma de dinero, pues realmente nada hay que restituir ni exhibir. — No es, por tanto, necesario salirse en estos interdictos de las reglas de la condena formularia; y así es que se resuelven *per sponsionem*, atendiendo á que ninguna utilidad reportaria aplicarles la fórmula arbitraria (2).

Tal es la historia de los trámites formularios en materia de interdictos; y creemos haberla hecho con exactitud y verdad, porque la hallamos conforme á las demas instituciones del sistema formulario, y sobre todo, porque esta manera de ver nos explica sencilla y naturalmente varios puntos dudosos, que hasta el presente habian sido, á nuestro parecer, inexactos ó incompletamente explicados (3).

A estas noticias sobre los trámites generales en materia de interdictos, debemos añadir algunos detalles relativos á ciertos casos particulares, ó á ciertos interdictos especiales.

La accion que los romanos llamaban *judicium calumniæ*, que te-

---

(1) En estos interdictos va generalmente puesta por separado la órden de restitucion, y la prueba es que muchas veces, á más de la prohibicion de hacer tales ó cuales daños, que constituian los interdictos probatorios, contenian éstos un interdicto restitutorio, mandando reponer la cosa perjudicada á su primitivo estado, si habia lugar.

(2) «Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna: cum pœna velut cum per sponsionem agitur; sine pœna velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoris interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur.» (Gay. 4. § 141.) — Tambien dice en el § 162: «Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur..... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo.» — La misma nota revela un fragmento de la Instituta de Ulpiano hallado en la biblioteca de Viena por Endlicher: «(*restitutoria vel exhibitoria per formulam*). arbitrariam explicantur aut per sponsionem; semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur.— Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam per quam arbiter.....» — Tambien Ciceron en su oracion *pro Cæcina*, c. 8, se refiere á un interdicto restitutorio sustanciado *per sponsionem*, cuando dice: «..... His rebus ita gestis, P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, *de vi hominibus armatis*, sine ulla exceptione, tantum ut unde dejecisset, restitueret. Restituisse se dixit, sponsio facta est. Hac de sponsione vobis judicandum est.»

(3) Por ejemplo, no estamos conformes con Zimmern (§ 71, nota 15), cuando siguiendo el dictámen de Huschke dice que la diferencia de sustanciacion entre los interdictos restitutorios ó exhibitorios y los interdictos prohibitorios, consiste en que en estos últimos hay siempre que reprimir un ataque dado al derecho de tercero; como si este ataque no existiese tambien siempre en los casos de interdictos restitutorios ó exhibitorios, y áun muchas veces en mayor escala; como, por ejemplo, cuando se ha despojado violentamente á un poseedor. La restitucion ó la exhibicion de que tratamos reclama en los interdictos, lo mismo que en las acciones restitutorias ó exhibitorias, la fórmula arbitraria.

nía por objeto reprimir los litigios suscitados de mala fe, y que podia alegar el demandado en su contestacion, es tan bien aplicable á los interdictos como á las acciones ordinarias, con la única diferencia de que en los pleitos ordinarios el demandante de mala fe era condenado únicamente á pagar la décima del interes de la lítis, miéntras que en los interdictos pagaba la cuarta parte. Esto es una prueba más del mayor empeño que el pretor ponia en prevenir los pleitos injustos en los interdictos, que en las acciones ordinarias (1). Gayo menciona este detalle al hablar de los trámites generales de los interdictos, para hacer notar que en los interdictos restitutorios ó exhibitorios, cuando la instancia se ha organizado por medio de una fórmula arbitraria, no corre el demandante riesgo alguno, á ménos que el demandado no conteste oponiendo el *judicium calumniæ*, intentando probar que ha sido llamado á juicio de mala fe, y por puro deseo de litigar en el demandante; pues entónces, si el demandado prueba la mala fe, queda su adversario condenado á pagar lá cuarta parte del interes de la lítis (2).

Los interdictos que se llamaban dobles (*duplicia*), porque era igual la condicion de las dos partes, desempeñando ambas simultáneamente las veces de demandante y demandado, es decir, los interdictos UTI POSSIDETIS y UTRUBI, ofrecian una singularidad notable, y era que á causa del doble carácter de las partes, era tambien doble y recíprocamente entre ellas la *sponsio* y la *restipulatio*. Así es, por ejemplo, que en los interdictos arriba citados, donde ambas partes se creen en posesion del objeto del litigio, cualquiera, indirectamente, preguntaba á su adversario : *si la posesion es mia, ¿prometes darme tanto?* A lo cual, la preguntada, despues de haber respondido afirmativamente, replicaba por una *restipulatio* inversa : *si, por el contrario, la posesion no te pertenece, ¿prometes darme tanto?* Como quiera que en esta clase de interdictos no se limitaban las partes á negarse recíprocamente la posesion, sino que cada una de ellas sostenia pertenecerle, de-

(1) «Et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimæ partis causæ; adversus interdicta autem quartæ partis causæ.» (Gay. 4. § 175.)

(2) Gay. 4. § 163. El fin de este párrafo ha llegado á nosotros con notables alteraciones. Gayo habla en él de una cuestion suscitada entre las dos escuelas. En las conjeturas que se han hecho para suplir lo que falta al original, se ha supuesto que lo que se ventilaba era si podia el demandante intentar el *judicium calumniæ* contra el demandado. Pero semejante suposicion nos parece muy gratuita.

bian, por consiguiente, ambas tener un carácter y posicion idénticos; y de aquí nacia el que la primera de las partes que respondia preguntaba luégo á su vez, para recibir una respuesta igual á la que habia dado. La consecuencia final del doble compromiso que esto producia era que el litigante vencido en el juicio perdia, ademas del pleito, la doble suma correspondiente á la *sponsio* y á la *restipulatio* (1).

Otra singularidad más, y harto notable por cierto, aparece en el interdicto UTI POSSIDETIS, pues ademas de las formas generales que acabamos de exponer, se complicaban en él los trámites con incidentes especiales. — Por desgracia, en el pasaje relativo á estos incidentes ofrece muchos vacíos el manuscrito de Gayo; pero creemos, con todo, que se pueden hacer conjeturas muy juiciosas, examinando atentamente la historia de los procedimientos análogos, y sobre todo, recordando lo que se practicaba en la demanda sobre propiedad por la accion de la ley *per sacramentum*, y lo que más adelante se practicó en el procedimiento *per sponsionem*.

Teniendo á la vista estos datos, se ve que para resolver las cuestiones sobre posesion se ajustaban los pretores al procedimiento que se empleaba en las cuestiones sobre propiedad. — En el interdicto UTI POSSIDETIS, lo mismo que en la antigua accion de la ley *per sacramentum*, las dos partes, desde luégo, tenian un carácter y representacion igual, es decir, que ambas se creian poseedoras, y por tanto, ninguna determinadamente era demandante ni demandada; pero así como en la accion de la ley era preciso resolver préviamente la cuestion acerca de cuál de las dos partes habia de disfrutar la posesion interina de la cosa litigada con sus frutos durante el litigio, en el interdicto UTI POSSIDETIS era necesario ventilar tambien la misma cuestion prévia. — Adoptóse para ello el medio de abrir una subasta entre los dos litigantes (*fructus licitatio; contentio fructus licitationis*): y el que más levantaba la puja, retenia la cosa y percibia los frutos durante el litigio, diciéndose del que habia salido victorioso en la licitacion de los frutos (*fructus licitatione vicit*), y de su adversario que habia sido vencido (*fructus licitatione victus est*) (2). Esta *fructus licitatio* del interdicto corresponde al *vindicias secundum alterum dicere* de la

---

(1) Gay. 4. §§ 166 y 167.
(2) Gay. 4. § 166.

accion de la ley. — Pero no se entienda por esto que la cantidad en que los frutos quedaban rematados en la puja se consideraba como precio de los mismos, sino únicamente como una suma penal que el rematante se obligaba á pagar, en caso de perder el pleito, como castigo de haber intentado retener un goce y posesion que no le pertenecia (1). Por consiguiente, tampoco el rematante adquiere definitivamente para sí los frutos interinos; pues si gana el pleito se queda con ellos, como parte que son de la cosa litigada; pero si lo pierde, tiene que devolverlos, juntamente con la cosa litigada, y pagar ademas la suma penal en que se rematára la licitacion de frutos. Y así como en la accion de la ley se obliga á esta restitucion por una especial promesa, y con fiadores tambien, en el interdicto en cuestion la garantiza por una estipulacion especial llamada *fructuaria stipulatio* (2). Esta promesa para la restitucion de la cosa y de los frutos (*fructuaria stipulatio*), en el interdicto, corresponde al *prædes litis et vindiciarum* de la accion de la ley, y á la fianza *pro præde litis et vindiciarum* de la fórmula *per sponsionem*. — Llenos una vez estos requisitos, se comprometen recíprocamente las dos partes por la doble *sponsio* y *restipulatio* (3), derivadas del antiguo *sacramentum*. — Y dada con esto la fórmula, acuden al juez competente, el cual, para juzgar quién es deudor del doble depósito, ó en otros términos, cuál es la *sponsio* y cuál es la *restipulatio justa*, examina, segun las reglas del interdicto, á cuál de las dos partes pertenece verdaderamente la posesion. — Hecho este exámen, si el vencido en la subasta de los frutos lo es tambien en lo principal del pleito, sale condenado á pagar el montante de la *sponsio* y de la *restipulatio*, miéntras su adversario queda libre de toda promesa y adquiere ademas la cosa con los frutos. — Si, por el contrario, sale vencido en el pleito el que fué vencedor en la licitacion de los frutos, se le condena, en

(1) « Summa enim fructus licitationis non pretium est fructum, se pœna nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est» (Gay. 4. § 167).

(2) Gay. 4. § 166. — Las palabras insertas en las ediciones de Gayo para llenar las lagunas del manuscrito, son sin duda muchas veces de grande utilidad; pero otras veces, en cambio, son muy aventuradas, y exponen á que se tomen como texto, lo que no puede ser más que una suposicion gratuita y errónea; y esto es precisamente lo que en nuestro concepto sucede respecto de esta *fructuaria stipulatio*, que, como su nombre lo revela, se refiere especialmente á la restitucion de los frutos interinos, y que, segun las palabras intercaladas por los editores, parece referirse únicamente á la restitucion de la posesion. — Esta observacion es muy importante para entender bien lo que sigue.

(3) Gay. 4. § 166.

primer lugar, á pagar el montante de la *sponsio* y la *restipulatio;* en seguida al pago del importe de la adjudicacion de frutos, en pena de haber tenido un goce y posesion que no le pertenecia ; y últimamente, á la restitucion de la cosa y de los frutos, en virtud de su promesa formulada en la *fructuaria stipulatio.* Su adversario, en sentido inverso, queda absuelto de la *sponsio* y de la *restipulatio* (1). — Por consiguiente, consistiendo verdaderamente el pleito en investigar quién es deudor y quién no, en las *sponsiones* y *restituciones*, debe consistir la sentencia del juez, principalmente, en condenar y absolver al tenor de estas *sponsiones* y *restipulaciones:* así como, desempeñando en éstas simultáneamente las dos partes el papel de demandante y demandado, es preciso que la sentencia pronuncie determinadamente respecto á cada uno de ellos, absolviendo al uno y condenando al otro; y últimamente, se ve cómo, á pesar del carácter puramente pecuniario de las condenas formularias, se llega, en cierto modo, por medio de la *fructuaria stipulatio*, á la restitucion de la cosa y de los frutos (2).—Andando el tiempo dejó de ser indispensable esa *fructuaria stipulatio ;* pues cuando el litigante, vencido en la licitacion de frutos, no habia cuidado de hacerla, ó la habia voluntariamente omitido (*omissa fructuaria stipulatione*), se inventaron dos acciones especiales, que se le concedieron, si ganaba el pleito, como consecuencia forzosa de su victoria : llamóse aún á estas acciones *judicium Cascellianum*, dicha así del nombre de su interventor, y servia para reclamar la posesion de la cosa (3) ; y la otra se llamó *judicium fructuarium*, y tenía por objeto reclamar los frutos percibidos durante el pleito (4). Llevaban ademas estas dos acciones el nombre, comun á ambas, de *judicium secutorium*, porque seguian, como consecuencia forzosa, á la victoria conseguida segun la fórmula de la *sponsio* (*quod sequitur sponsionis victoriam*) (5).

---

(1) Gay. 4. §§ 166, 167 y 168.

(2) Decimos *en cierto modo*, porque en último resultado, si el adversario se negase á hacer esta restitucion, nunca sufriria más que una condena pecuniaria, miéntras que en el procedimiento *per formulam arbitrariam* se le podia obligar á restituir por fuerza, *manu militari.*

(3) Gay. 4. § 166.

(4) Gay. 4. § 169.

(5) Así entendemos el texto de Gayo en lo relativo á ciertas acciones, pues la diversa interpretacion que la dan Zimmern y áun Walter nos parece ménos exacta y satisfactoria. — Nos inclinamos á creer que el *judicium Cascellianum* y el *judicium fructuarium* correspondian al número de las acciones *arbitrarias*, por el carácter restitutorio que tenian y con cuyo auxilio se obtenia la restitucion, que debia ser consecuencia de los interdictos puramente prohibitorios, como lo eran el UTI POSSIDETIS y el UTRUBI.

Al describir Gayo estos trámites del interdicto UTI POSSIDETIS nos dice que tambien se aplicarán al interdicto UTRUBI; pero la paridad de ambos nos hace estar por la afirmativa, y creer que si no se sustanciaba idénticamente, lo serian al ménos de un modo muy parecido.

Creemos haber explicado suficientemente de qué manera, cuando la fórmula de los juicios llamados *extraordinarios* llegó á ser la forma comun, debieron perder los interdictos su carácter especial, y producir acciones comunes, del mismo modo que si hubiesen sido pronunciados por el magistrado. Habiendo tambien caido en desuso, por el mismo tiempo, los compromisos *per sponsionem* y las demas especialidades del sistema formulario, claro es que se debió derogar casi todo este procedimiento especial de los interdictos que acabamos de describir.

## TITULUS XVI.

### DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. Ideoque eo maxime fieri potest quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

## TÍTULO XVI.

### DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

Los custodios de la ley han puesto constantemente sumo cuidado en impedir que los hombres entablen pleitos injustos; y tal es tambien nuestro anhelo: por lo cual hemos creido que el mejor medio de reprimir la temeridad, tanto de los demandantes cuanto de los demandados, es sujetarlos con la amenaza de penas pecuniarias, ó por la religion del juramento, ó por el temor de ser infamados.

La palabra calumnia (*calumnia*), no sólo significaba entre los romanos la acusacion criminal intentada á sabiendas contra un inocente, sino el pleito entablado ó sostenido de mala fe, y con pleno conocimiento de no tener derecho para litigar. Al definir Gayo la calumnia, nos dice que consiste en la intencion, lo mismo que el crímen de hurto (*in adfectu est*); que comete calumnia el que sabe no tener derecho para litigar, y que por tanto intenta su accion sólo para vejar á su adversario, librando su triunfo, no en la verdad de sus alegaciones, sino en el error ó la iniquidad del juez (*qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii*

*gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis*) (1). La palabra calumnia, si bien hacía principalmente relacion al actor, se aplicaba tambien al demandado.

Varios eran los medios que contaba el derecho romano para impedir ó reprimir los pleitos intentados ó sostenidos calumniosamente.

Uno de estos medios, en tiempo de Gayo, dirigido contra el demandado, era en ciertos casos la *sponsio;* en otros, una pena pecuniaria; cuando no habia otro, el juramento (*jusjurandum*); y últimamente, algunas veces la infamia (*ignominia*).

La *sponsio* era una especie de depósito, una especie de multa, que en el sistema formulario habia sustituido á la consignacion de la accion de la ley *per sacramentum*, y segun la cual, en ciertas acciones, podia el demandante obligar al demandado á contraer con él un compromiso mútuo para que el que saliese vencido pagase al vencedor la cantidad empeñada (2).

La pena pecuniaria consistia en que en ciertas acciones tenía el demandado que pagar el doble, pero únicamente en el caso de que hubiese negado y contestado á la demanda (*adversus inficiantem duplatur;—lis inficiando crescit*): en otras acciones era condenado al doble, al triple ó al cuádruplo desde luégo, y aunque no hubiese negado, por la sola naturaleza de la accion (*statim ab initio pluris quam simpli est actio*). A la primera clase correspondian las acciones *judicati, depensi, damni injuriæ, legatorum per damnationem relictorum;* á la segunda, las acciones *furti manifesti*, en la cual salia el reo condenado al cuádruplo; la de *concepti et oblati*, en la que lo era al triple; y la de *nec manifesti*, en la que era al duplo (3).

Usaban de juramento cuando no habia ninguna de las anteriores garantías, es decir, cuando no habia *sponsio* ni accion que se duplicase por sola la denegacion, ni la que por su naturaleza hacía pagar más del *tantundem* al demandado. En el caso, pues, de faltar todas estas garantías, se permitia por el pretor al demandante

---

(1) Gay 4. 178.—Véase tambien la paráfrasis de Teófilo, *hic*.

(2) Tal era la accion *De pecunia certa credita*, en la cual la *sponsio* debia ser la tercera parte de lo litigado; y la de *pecunia constituta*, en la cual era la mitad (Gay. 4, 171). Lo mismo sucedia, segun dejamos explicado, en los interdictos prohibitorios.

(3) Gay. 4. 171 y 173.

que exigiese al demandado juramento de que no sostenia el proceso de mala fe (*non calumniæ causa se inficias ire*) (1).

Ultimamente, en ciertas acciones era infamado el reo que salia vencido en juicio.

Contra el demandante, los medios de reprimirlo y prevenir sus injustas demandas eran unas veces la accion de calumnia (*calumniæ judicium*), otras la accion contraria (*contrarium judicium*), y otras, en fin, la restipulacion (*restipulatio*), ó el juramento (*jusjurandum*) (2).

La accion de calumnia podia intentarse en todo pleito contra el demandante, alegando que intentaba ó habia intentado en demanda de mala fe, por espíritu de calumnia, tomando esta palabra en el sentido que hemos explicado. La pena en este caso era de la décima de la lítis en las acciones, y de la cuarta parte en los interdictos (3). Podia el demandado intentar este *judicium calumniæ*, ya en oposicion á la demanda misma durante el pleito principal; ya, como dice la paráfrasis de Teófilo, despues que el pleito estaba terminado y que el demandante lo hubiese perdido.

La accion contraria (*contrarium judicium*) no tenía efecto más que en ciertas acciones ó en ciertos y determinados interdictos, para hacer condenar al demandante, unas veces á la décima, y otras al quinto de la lítis, sólo por el hecho de haber perdido el pleito, y sin tener en cuenta la buena ó mala fe con que lo hubiese intentado (4). La ley, como se ve, era más severa en estos casos particulares.

La *restipulatio* era respecto del demandado lo que la *sponsio* respecto del demandante : la una era recíproca de la otra, y de esta reciprocidad resultaba el mutuo compromiso para las partes, de pagar la suma ofrecida en perdiendo el pleito. En esta accion, lo mismo que en la anterior, tampoco se tenía en cuenta la buena ó mala fe de las partes, pues la que perdia el pleito, por el solo hecho de perderlo, pagaba la pena pecuniaria (5).

---

(1) Gay. 4. 172.— En este pasaje hallamos tambien que, respecto de los herederos, de las mujeres y de los pupilos, se dispensaba la duplicacion y la *sponsio*, y sólo se les sometia al juramento.

(2) Gay. 4. 174.

(3) Gay. 4. 175.—Atendiendo á las plausibles razones alegadas por Mr. Everard Dupont (página 136 de su *Disertacion*), quizá respecto de los interdictos deba ser la *quinta* parte en lugar de la *cuarta*.

(4) Gay. 4. 177 y sig.

(5) Ib. 180 y 181.

Finalmente, en todos estos casos, el demandado podia, si queria, limitarse á exigir al demandante juramento de que no obraba de mala fe (*non calumniæ causa agere*) (1). Pero si apelaba al juramento, no podia intentar luégo ninguna otra accion (2).

Esta reseña nos hará más fácilmente comprensibles los siguientes párrafos que contienen las disposiciones relativas al asunto en cuestion, tal como se hallaban en tiempo de Justiniano, cuando caidas ya en desuso la *sponsio*, la accion de calumnia, la accion contraria y la *restipulatio*, habian sido sustituidas por el juramento (*jusjurandum*), que por consiguiente se aplicaba con mucha extension. La Instituta de Justiniano, lo mismo que la de Gayo, empiezan exponiendo los medios relativos al demandado, y luégo pasan á los concernientes al demandante.

I Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur, *ex constitutione nostra* defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad contradicendum pervenit. Et adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli *vel tripli* actio constituitur: veluti si damni injuriæ aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio: veluti, furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt *quod alia nostra constitutione comprehensum est*. Hæc autem omnia provereri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit: quia in partem decimam litis actores mulctabat,

1. En primer lugar, en nuestra constitucion mandamos que todo litigante preste prévio juramento. El reo no podrá presentar sus excepciones sin haber jurado ántes que si contradice la demanda, es por creerse con derecho á hacerlo. En ciertos casos, el que niega de mala fe, debe pagar el doble ó el triple de lo litigado: tales son los casos de daño injusto, ó de legados píos. Otros casos hay en que desde luégo la accion es más que del tanto, como, por ejemplo, el del hurto manifiesto, en que hay que pagar el cuádruplo, y el del hurto no manifiesto, en que hay que pagar el duplo: pues en estos casos, ya niegue, ya confiese el demandado, la accion es siempre más que del tanto. En cuanto al demandante, tambien debe jurar, segun nuestra constitucion, que no procede calumniosamente; y lo mismo deben hacer los abogados de las partes, segun se manda *en otra de nuestras constituciones*. Todas estas formalidades se han establecido para sustituir la antigua accion de calumnia, que ha caido en desuso, porque condenaba al demandante á la décima del valor de la cosa litigada, y jamas hemos visto aplicada

(1) Ib. 176.
(2) Ib. 179.

quod nunquam factum esse invenimus. Sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et inpensas litis inferre adversario suo cogatur.

esta pena. Por eso en su lugar hemos introducido el juramento mencionado, y la obligacion, en el litigante injusto, de pagar á su adversario los daños y perjuicios que le cause con su demanda.

*Ex constitutione nostra.* Esta constitucion está inserta en el Código de Justiniano, y contiene el juramento prescrito al demandado y el prescrito al demandante (1).

*Vel tripli.* El texto parece significar que la negativa podia ser, en ciertos casos, castigada con el pago del triple (*adversus inficiantes..... dupli vel tripli*). Pero ademas de que los comentadores convienen en que no hay ejemplo alguno del triple, fácil es convencerse de que es un error de redaccion en la Instituta de Justiniano el referir la palabra *tripli* á las inmediatamente anteriores, *adversus inficiantes*, pues basta leer la Instituta de Gayo, de donde está tomado nuestro párrafo, y en la cual la palabra *tripli*, que alude á las acciones *furti concepti* y *oblati*, dice relacion con los casos en que, desde su orígen, la pena es más que del tanto (2). Tampoco Teófilo ha cometido aquel error en su paráfrasis (3).

*Quod alia nostra constitutione comprehensum est.* La constitucion aquí mencionada es la décimacuarta, párrafo 1.°, libro 3.° tít. 1.° del Código de Justiniano, en la cual hallamos expresada la fórmula de este juramento de los abogados (*patroni causarum*), que debia ser, como todos, prestado sobre los Santos Evangelios.

II. Ex quibusdam judicis damnati ignominiosi fiunt veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum de dolo; item tutellæ, mandati, depositi, *directis*, *non contrariis* actionibus; pro socio quæ ab utraque parte directa est; et ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed fusti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia *sed etiam pacti*, *et recte*. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

2. Es infamante la condena en ciertas acciones, tales como las de hurto, rapto, injurias, dolo; y ademas en las de tutela, mandato, depósito, *directas y no contrarias*; como tambien en la accion *pro socio*, que es directa para ambas partes, y en la cual cae infamia sobre cualquiera de los socios que salga condenado. Pero en las acciones de hurto, rapto, injurias y dolo, no solamente sufren infamia los que salgan condenados, sino tambien *los que transijan*; pues hay mucha distancia de ser deudor por delito á serlo por contrato.

---

(1) Cod. 2. 59. 2.
(2) Gay. 4. §§ 171 y 173.
(3) Teófilo, *hic*.

*Directis non contrariis.* Ulpiano dice que esto es justo, porque en las acciones contrarias no versa la cuestion sobre la buena ó mala fe del litigio, sino sobre arreglo de cuentas, que suele resolverse en algun modo por la instancia: «*Nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere judicio solet dirimi*» (1). Y así es la verdad, pues sabido es que en las acciones contrarias no eran los perseguidos el tutor, el mandatario ó el depositario, sino el pupilo, el mandante y el deponente, á quienes se les pedia indemnizasen á los primeros de los gastos, expensas ó resto de cuentas que se les adeudasen. Por consiguiente, ninguna mala fe cabe en ignorar el importe exacto de estas indemnizaciones y querer arreglarlo por las vías judiciales. Sin embargo, Ulpiano nos cita un caso en que habria mala fe de parte del mandante, y en el cual, por consiguiente, la accion contraria del mandato le produciría la nota de infamia: este caso sería si, negándose á reintegrar al mandatario de las deudas que éste hubiese adquirido por él, saliese condenado por la accion *contraria mandati* (2).

*Sed etiam pacti, et recte.* Porque la transaccion, dice Ulpiano, envuelve en este caso la confesion de un delito (*quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*) (3).

III. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utque enim imprimis adversarius in jus vocandus est, ad eum qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc præstat honorem ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si ab si ipso prætore postulaverint et impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

3. El ejercicio de toda accion empieza en aquella parte del edicto, por la cual el pretor cita al demandado. Preciso es, pues, ante todo citar á su adversario *in jus*, es decir, ante el juez competente. En esta parte de su edicto significa y manda el pretor que, por respeto á sus ascendientes y patronos, y áun á los ascendientes é hijos de los patronos y patronas, no pueden respectivamente citarlos *in jus* sus descendientes y libertos, sin pedir, y obtener ántes, licencia del pretor. Contra los que citasen sin este requisito, establece el pretor una pena de cincuenta sueldos.

Véase lo que anteriormente dejamos dicho en otro lugar.

---

(1) Dig. 3. 2. 6. § 7.
(2) Ib. § 5.
(3) Ib. 5.

## TITULUS XVII.

### DE OFFICIO JUDICIS.

## TÍTULO XVII.

### DEL OFICIO DEL JUEZ.

En este título dan ciertos detalles las Instituciones de Justiniano acerca de las reglas que debe seguir el juez en las principales acciones que se someten á su fallo.

Las extensas explicaciones que ya hemos dado de las acciones nos dispensan de añadir aquí cosa alguna, y para la inteligencia de los siguientes párrafos nos bastará referirnos á lo que ya dicho dejamos.

Superest ut de officio judicis discipiamus. Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam quod *legibus*, aut constitutionibus, aut *moribus* proditum est.

Réstanos hablar del oficio del juez. Ante todo, su primer deber es no juzgar nunca sino con arreglo á las *leyes*, las constitucionss y las *costumbres*.

*Legibus*. Esto debe entenderse tambien respecto de los senadoconsultos *quæ legis vicem obtinent*.

*Moribus*. Esto debe ser extensivo á las respuestas de los jurisconsultos; en una palabra, á todo el derecho civil. Durante el sistema formulario no se hallaba comprendido en esta obligacion del juez el derecho pretoriano, sino únicamente el derecho civil. El pretor era efectivamente quien, siempre que queria poner en vigor alguna disposicion del derecho honorario, lo hacía por la naturaleza ó por los términos de la fórmula que daba. Pero en tiempo de Justiniano no tiene ya lugar esta distincion, pues que entónces, por una parte, no se expedian ya fórmulas, ni, por otra, habian adquirido fuerza de ley casi todas las disposiciones del derecho honorario.

En el lib. 4.°, tít. 5.°, hemos demostrado que la sentencia pronunciada contra la ley era nula por este solo hecho, y no habia necesidad de apelar de ella, porque sin este requisito se reponia el proceso á su primitivo estado.

La pena contra el juez que hubiera deliberadamente cometido semejante violacion de las leyes era la deportacion: «*Judex qui*

*contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronunciat, in insulam deportatur»* (1).

I. Ideoque, si noxali judicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare: PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO IN DECEM AUREOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEDERE.

1. Por consiguiente, si debe juzgar respecto de una accion noxal, y le parece que debe condenar al dueño, ha de redactar así su sentencia: CONDENO Á PUBLIO MEVIO Á QUE PAGUE Á LUCIO TICIO DIEZ ÁUREOS, Ó Á QUE LE PRESTE NOXA.

*In decem aureos condemno.*—Ésta es la pena pecuniaria, la verdadera pena de la sentencia, porque en cuanto á la noxa, se deja el darla ó no, á merced del condenado, quien tiene esta facultad por beneficio de la ley. Así la accion *judicati* no podria ser intentada, en caso de necesidad, más que para reclamar el cumplimiento de la condena pecuniaria, segun más por menor hemos ántes de ahora explicado.

II. Et si in rem actum sit: si contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem; sive contra possessorem, jubere eum debet *ut rem ipsam restituat cum fructibus.* Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, et sine frustratione videtur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei: ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituiss t. *Et si hereditas petita sit*, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructum quos culpa sua possesor non percepit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum ratio habetur quia culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

2. Cuando pronuncie sobre una accion real, si condena al demandante, debe absolver al poseedor: debe mandarle que *restituya la cosa con los frutos*. Pero si el poseedor alega de buena fe hallarse imposibilitado de restituir inmediatamente, y solicita se le conceda un plazo, debe concedérsele, si bien haciéndole responder con fiadores abonados por una suma igual al precio de la cosa litigada, para el caso en que no hiciese la restitucion en el plazo que se le hubiera concedido. Cuando sea llamado á juzgar sobre *una peticion de herencia*, debe sentenciar respecto de los frutos, al tenor de lo que dejamos dispuesto para el caso de peticion de objetos particulares, es decir, que en una y en otra accion deben imputarse de idéntico modo, respecto del poseedor de mala fe, los frutos que por culpa suya haya dejado de percibir. Pero si el poseedor fuese de buena fe, entónces no se le deben exigir ni los frutos consumidos ni los no percibidos. Sin embargo, desde que esté incoada la demanda, deben imputarse, tanto los frutos no percibidos por culpa del poseedor, como los consumidos despues de la percepcion.

(1) Paul. Sent. 5. 25. 4.—Dig. 48. 10. 1. § 3. f. de Marcian.

*Ut rem ipsam restituat cum fructibus.* — Trátase aquí del *arbitrium* prévio que mediaba en las acciones arbitrarias, y, por consiguiente, en las acciones *in rem*, que creemos haber explicado ántes de ahora suficientemente. Notarémos únicamente de paso la facultad dejada al juez, de conceder, segun los casos, un plazo á la parte condenada para cumplir el *arbitrium*.

*Et si hereditas petita sit.* Véase, respecto de la peticion de herencia, lo que hemos dicho en el tomo I, pág. 634.

III. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit ut exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet: ut tamen caveat se restituturum. Quod si neque stati jussum judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

3. En la accion *ad exhibundum* no basta que el demandado manifieste la cosa; es menester que tambien manifieste la causa, porque si durante las dilaciones del pleito se concluye el término de la usucapion, será condenado el actor. El juez debe ademas tener en cuenta los frutos producidos en el tiempo intermedio, es decir, entre la interposicion de la accion *ad exhibendum* y el juicio. Si el demandado se encuentra de tal modo que le es imposible manifestar la cosa inmediatamente, y su demanda solicitando plazo parece de buena fe y sin fraude, debe concedérsele, pero con tal que dé caucion de que cumplirá lo prometido. Pero si por su culpa el ordenamiento del juez para la exhibicion inmediata de la cosa ó la caucion de hacerlo despues no se cumple, debe ser el reo, ó demandado, condenado á pagar todos los perjuicios y todo el interes que tuviera el actor en que la exhibicion se hiciese inmediatamente.

Con las disposiciones de este párrafo sobre la accion *ad exhibendum* deberán tenerse presentes las nociones que más ántes hemos dado sobre las acciones arbitrarias. Sabemos que la accion *ad exhibendum* era tambien de las arbitrarias, y por consiguiente, ántes de la sentencia definitiva mediaba un *arbitrium* que ordena la exhibicion.

IV. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam

4. Si se trata de la accion *familiæ erciscundæ*, téngase presente que por ella debe adjudicarse cada cosa á cada cual de los herederos, y si la adjudicacion parece más considerable respecto de uno, debe, como ya

dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corruperit aut consumpserit. Quæquidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.

hemos dicho, el juez establecer compensacion entre los coherederos por medio de una suma cierta. Igual sentencia debe recaer contra cada heredero respecto de su coheredero al repartirse los frutos percibidos de la herencia por uno de ellos, y para las cosas deterioradas ó destruidas. Y estas reglas son las mismas aunque haya más de dos herederos.

V. Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti de fundo : si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet ; et si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commodi dividi non possit, veluti si homo forte aut mulus erit de quo actum sit : tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.

5. Lo mismo sucede en la accion *communi dividundo* cuando se trata de repartir muchas cosas. Pero cuando es una sola, como un fundo, en este caso, si puede dividirse cómodamente, el juez debe adjudicar las partes á cada uno en particular, y si le parece mayor la de uno, para la compensacion, le obligará á que dé una suma cierta. Pero si la cosa no puede dividirse, como un esclavo ó un mulo, entónces á uno solo se le concede el todo, y éste, para compensar á su copropietario, debe pagar una suma cierta.

VI. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necesaria sin adjudicatio : quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari : quo casu, conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines *aliquid malitiose commisit*, verbi gratia, quia lapides finales furatus, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

6. En la accion *finium regundorum*, el juez debe examinar si es necesaria la adjudicacion, y sólo es en un caso: si acomoda distinguir los campos con límites más evidentes que los que ántes tenian. Entónces, en efecto, es necesario adjudicar á uno una parte del campo del otro; y por consiguiente, el beneficiado en este caso debe ser condenado en una suma cierta, que percibirá el otro. Tambien por esta accion será condenado igualmente el que *fraudulentamente hubiese atentado contra los límites;* por ejemplo, arrancando los mojones ó cortando los árboles que marcan aquéllos. En fin, sufrirá pena por contumacia el que, á pesar de la órden del juez, se oponga á que se midan los campos.

Véase sobre las tres acciones : FAMILIÆ ERCISCUNDÆ y COMMUNI DIVIDUNDO et FINIUM REGUNDORUM, lo que hemos dicho en el tomo I y en éste. — Estas tres acciones tenian de particular que llevaban consigo *adjudicacion* y *condenacion*.

Así en las acciones FAMILIÆ ERCISCUNDÆ y COMMUNI DIVIDUN-

DO habia *adjudicacion* á cada una de las partes, de la porcion que el juez les concedia, y por este medio, adquisicion exclusiva de propiedad, y ademas *condenacion* contra unos respecto de los otros para el pago de la suma ó sumas ciertas con que han de compensar á las partes, y tambien para las prestaciones personales de los copropietarios ó coherederos por las menguas y deterioro de la cosa comun. Tambien podia suceder que la accion tuviese únicamente por objeto, no el verificar ó realizar una division, sino las prestaciones personales, y en este caso no producian las acciones arriba citadas *adjudicacion*, sino sólo *condena*.

En cuanto á la accion *finium regundorum*, hemos visto tambien lo que el texto nos explica nuevamente; es decir, en lo que consistia la *condena*, y cómo la *adjudicacion* no era más que accidental, á no ser en los casos en que el juez creia útil alterar los límites, y por consiguiente, atribuir á uno de los vecinos la propiedad de una parte del terreno que pertenecia ántes al otro, salva la condenacion pecuniaria contra el que saliese mejorado, para compensacion. Podemos hacer notar que, hablando propiamente, en el derecho antiguo se llamaban *fines* el espacio sin labrar, *nullius*, de cinco piés de anchura, que mediaba entre los fundos. (*Hist. de la legisl. rom.*, tab. VII, § 4, pág. 91), y que la accion *finium regundorum* tenía por objeto arreglar estos límites.

*Aliquid malitiose commisit.* Habia, ademas, contra los que destruian los límites, penas públicas, que están indicadas en el Dig., libro 47, tít. XVI, *de termine moto*, y que á veces llegaban hasta ser un destierro.

VII. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.

7. Todo lo que se adjudicaba por estas acciones se hacía inmediatamente propio de aquel á quien se adjudicaba.

Sabemos, en efecto, que la *adjudicacion* era, áun segun la ley de las Doce Tablas, uno de los medios legales de adquirir el dominio romano.

# RESÚMEN DEL LIBRO CUARTO.

(DESDE EL TÍT. XIII AL XVII.)

*Excepciones. — Réplicas, dúplicas, etc.*

La excepcion es un medio de defenderse de la accion. — En el sistema formulario era en realidad una excepcion, ó una restriccion puesta por el pretor, á la forma de la condena en la *intentio* ó en la *condemnatio*.

Se empleaban cuando, segun decreto estricto, la accion existente y que el actor tenía por alguna circunstancia particular alegada por la demanda, y de que el juez no podia ocuparse por derecho pleno; era injusta si la excepcion tenía algo de cierta. El pretor, creando una excepcion para este caso en la pretension del demandante, encargaba al juez que tuviera en cuenta esta circunstancia y que le diese valor en derecho. — Tambien se recurria á las excepciones en ciertos casos en que los hechos alegados por el actor eran de tal naturaleza que se podia con ellos solos rechazar la accion si sobre ellos se contendiese. — Pero cuando la accion por su propia naturaleza llevaba consigo la prevencion judicial de que se tuvieran en cuenta los hechos alegados, era inútil interponer excepciones; por consiguiente, en las acciones de buena fe, todas las excepciones que se fundasen en la buena ó mala fe se sobreentendian de pleno derecho.

Las excepciones citadas por el texto son: las que provienen de dolo (*exceptio doli mali*), de la violencia (*metus causa*) ó del error: la de dolo en general: las otras dos se aplican á casos especiales. — Las excepciones de hecho (*in factum; — in factum compositæ*)

no son una especie particular de excepciones, sino tan sólo una forma de cómo se pueden redactar; en efecto, se dice que son de hecho cuando el pretor ha especificado un hecho precisa y circunstanciadamente, que el juez debe averiguar. Tales son las excepciones (*pecuniæ non numeratæ*), de pacto (*pacti conventi*), del juramento (*jurisjurandi*), de cosa juzgada (*rei judicatæ*).

Las excepciones son, las unas perpétuas y perentorias, las otras temporales y dilatorias : lo que en el derecho romano no debe entenderse de los efectos de la excepcion ya interpuesta en la demanda y aplicada por el juez, sino respecto de la duracion y de los efectos, para el demandado, cuando el proceso todavía no se ha entablado. — En este sentido, las excepciones perpétuas y perentorias son aquellas cuya duracion es ilimitada, es decir, que se pueden proponer en cualquiera época, y por consiguiente, destruyen la accion, porque impiden que se pueda ejercer inútilmente. — Las excepciones temporales y dilatorias son las que el demandado tiene por cierto tiempo; de modo que pasado este término, si el actor reclama, no se pueden oponer, de donde se deduce que sólo conceden al reo un plazo, un respiro, durante el cual no puede ser atacado útilmente. — Pero todas las excepciones, así perentorias como dilatorias, tienen de comun que si la accion se interpone fuera de tiempo y es contestada y rechazada por una de ellas, aunque sea dilatoria, queda invalidada para siempre, porque pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede reproducirse por inútil. Sin embargo, Justiniano modificó esto respecto de las excepciones dilatorias : los plazos que el actor ha quebrantado y desatendido se doblarán, y los gastos, daños y perjuicios serán á su costa.

Ciertas excepciones son dilatorias por la persona, como las llamadas *procuratorias*, porque están fundadas en la capacidad del procurador que nos representa en el pleito.

La excepcion, como la accion, puede ser rechazada por una réplica (*replicatio*), que no es más que excepcion contra excepcion; la réplica con la dúplica (*triplicatio*), y así siguiendo.

Ciertas excepciones no sólo aprovechan al deudor, sino que tambien á todos los que en su lugar se obligan, y áun á sus herederos : otras son exclusivamente personales, y sólo él puede interponerlas, como la cesion de bienes, el pacto personal, el beneficio de competencia.

### *Interdictos.*

El interdicto era un decreto, un edicto dado á peticion de parte por un magistrado del pueblo, el pretor, y en las provincias por el procónsul, para mandar ó prohibir imperativamente alguna cosa. Era, hablando propiamente, un edicto particular, un edicto entre dos personas, *inter duos edictum*, de donde vino *interdictum*. Los interdictos se emplean en los asuntos que están más inmediata y materialmente sujetos á la autoridad pública, como en la conservacion ó uso de las cosas privadas (*rei familiaris causa*), en los pleitos urgentes que podian producir riñas ó en que se apelase por las partes á las vías de hecho, y que reclamaban, por consiguiente , la intervencion de la autoridad pública, como la posesion y cuasi-posesion.

El interdicto no terminaba hasta que se sometia á él la parte contra quien se daba. Si no habia pleito, se comparecia ante el juez con una accion concebida en los términos dictados por el interdicto.

Los interdictos son prohibitorios, restitutorios ó exhibitorios, segun que contienen una defensa, una órden de restituir ó de exhibir una cosa. Ésta es la primitiva y la más general.

Los relativos á la posesion se dividen en interdictos; 1.°, para adquirir (*adipiscendæ*); 2.°, para retener (*retinendæ*); 3.°, para recobrar (*recuperandæ possessionis*), y 4.°, interdictos dobles, porque se dan para adquirir y recobrar la posesion (*tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*). Esta division no es más que secundaria, y propia exclusivamente de los interdictos posesorios. Como de la primera clase, cita el texto de la Instituta los interdictos QUORUM BONORUM ET SALVIANUM ; — en la segunda, UTI POSSIDETIS y UTRUBI ; — en la tercera, UNDE VI ; — en la cuarta, sabemos por un fragmento de Ulpiano descubierto recientemente, y por los del Vaticano, que habia los interdictos QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM, QUEM USUFRUCTUM.

Segun una tercera division de los interdictos, se dividen en simples ó dobles : los primeros son aquellos en que las partes son el actor y el reo, y los segundos en los que las partes son á un tiempo cada cual actor y reo á la vez.

Despues de suprimido el juicio formulario, y de lo que en otro tiempo se llamó jurisdiccion ordinaria, no se daban interdictos; se interponia ante el juez una accion útil, como si naciese del interdicto. Así los interdictos fueron reemplazados por las acciones.

*Penas contra los litigantes temerarios.*

En tiempo de Justiniano los medios de prevenir y reprimir los pleitos eran el juramento (*jusjurandum pro calumnia*) del actor, del reo y de sus abogados, y ademas contra el reo, en ciertos casos y acciones, el doble de la pena por haber negado (*adversus inficiantes*); en otros el condenarlos al duplo, al triple ó al cuádruplo, circunstancias que llevan consigo ciertas acciones, conceda ó niegue el reo en otras la infamia cuando recae sentencia, y áun mediando transaccion, como en el hurto, en el robo, en el dolo y en las injurias. — La necesidad de ser autorizado con anterioridad para pedir contra un ascendiente ó contra el patrono debe comprenderse entre los medios de refrenar á los litigantes temerarios.

*Oficio del juez.*

El juez está obligado á sentenciar segun las leyes; si no, la sentencia es nula, áun sin apelacion; puede ser castigado con una pena pública. El texto aplica este principio á los casos de las acciones noxales *in rem*, *ad exhibendum familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*.

## TITULUS XVIII.

### DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publica judicia *neque per actiones ordinantur*, neque omnino quidquam simile habent cum cæteris judiciis de quibus locuti sumus: magnaque diversitas est eorum et in instituendo et in exercendo.

## TÍTULO XVIII.

### DE LOS JUICIOS PÚBLICOS.

Los juicios públicos *no se ordenan por medio de acciones*, y en nada se parecen á los demas juicios de que hemos hablado. Hay entre ellos una gran diferencia en cuanto á su principio y á su prosecucion.

El juicio criminal y el derecho penal de los romanos son objeto digno de toda nuestra atencion, y sin duda es del más alto interes exponer su desarrollo en la historia y en la legislacion; pero no es éste lugar oportuno para ello. La instituta de Gayo nada nos ha revelado sobre esta materia: la de Justiniano se limita á darnos algunas breves y sumarias ideas (1). Ademas, en aquellos tiempos el procedimiento criminal estaba completamente decaido, y muy modificado el derecho penal.

Bastará que yo remita á mis lectores al ligero resúmen de las vicisitudes históricas de esta parte del derecho de Roma, que he tratado en la *Historia de la legislacion romana*, pág. 196 (2).

Sabemos cómo en el siglo VII de la repúb'ica se habia establecido la institucion de las CUESTIONES PERPETUÆ ó delegaciones perpétuas, segun las cuales, la acusacion pública (*publicum judicium*) se hacía por medio de una ley especial, que caracterizaba el crímen, que fijaba la pena, y sobre todo, que arreglaba el procedimiento (*Hist. de la legislac. rom.*, pág. 196); de modo que en esta legislacion el procedimiento criminal no era general y uniforme para todos los crímenes, sino especial para cada uno de ellos, y arreglado por la ley relativa á este crímen.

Tambien hemos hecho notar el orígen de la diversas leyes que sucesivamente establecieron un juicio público para los diversos crímenes : de concusion (*de repetundis*); de ambitu (*de ambitu*); de peculado (*de peculatu*); de lesa-nacion (*de majestate*); de plagio

(1) En las sentencias de Paulo hay una serie de títulos que tratan de esta materia. (Lib. 5, título 13 y sig.). — Tambien se trata de ella en el código Teodosiano, lib. 9; — En la Collatio leg. Mos. et Rom. tit. 1 hasta el 15; — en el Dig. lib. 48, y en el código de Justiniano, lib. 9.

(2) Antes de la ley de las Doce Tablas, pág. 54; — despues de las Doce Tablas hasta la sumision de toda la Italia, pág. 163; — despues de esta época hasta el imperio, pág. 196 y 220; — despues del imperio hasta Constantino, pág. 292; — en fin, bajo Justiniano, pág. 349.

(*de plagio*), etc. (*Hist.*, pág. 200); y, en tiempo de Sila, contra los falsarios (*de falsis*) y los asesinos (*de sicariis*) (*Hist.*, página 210).

Cada una de estas leyes organiza la pena y el procedimiento criminal (*publicum judicium*) para cada uno de estos crímenes. Los delitos previstos por una ley especial eran, por consiguiente, objeto de una *quæstio perpetua*, que en nada participaba de lo arbitrario y de lo incierto de los tiempos primitivos. Aquellos á los cuales no se habia aplicado todavía este sistema, estaban sujetos al arbitrio judicial, y eran objeto de un juicio, que resolvian los comicios, el senado, ó por delegacion los cónsules, los pretores y los *quæstores* particulares. Esto era lo que llamaban *cognitiones extraordinariæ*, *extra ordinem cognoscere*, en materia criminal.

Hemos visto cómo, en tiempo de los emperadores, al lado de los juicios públicos (*publica judicia*) organizados por una ley especial para cada crímen, fué desarrollándose el juicio excepcional (*extra ordinem*), esencialmente contra los hechos reprimidos por los senado-consultos ó por las constituciones, con el título de crímenes extraordinarios (*extraordinaria crimina*), que eran juzgados generalmente por el pretor ó por el prefecto de la ciudad, juntamente con el cónsul (*Hist.*, pág. 292).

El nombre de *publica judicia* se aplicaba exclusivamente á estos juicios primitivos: los otros se llamaban *extraordinaria judicia* (1).

Tambien sucedió que, respecto de ciertos crímenes, contra los cuales la ley primera habia ordenado un modo de proceder y una pena, sólo se conservó la pena, y cayó en desuso el procedimiento, por acomodarlos al juicio extraordinario (2).

Este era el estado de la legislacion criminal en tiempo de Justiniano (*Hist.*, pág. 349). El procedimiento de los *publica judicia* habia desaparecido enteramente, y sólo quedaban, de las leyes que lo habian organizado, las penas.

*Neque per actiones ordinantur.* Es decir, no era por acciones que se obtenian del pretor por medio de fórmulas discutidas y dadas por esta autoridad, sino por vía de acusacion, por lo que se perseguian los crímenes.

---

(1) Dig. 48. 1. 1. f. Macer.
(2) Ib. 8. f. Paul.

I. Publica autem delicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum *plerumque* datur.

1. Se llaman públicos, porque todo ciudadano *en general* puede perseguirlos.

Los romanos no habian imaginado la institucion de un magistrado encargado de perseguir en nombre de la sociedad ante los tribunales los crímenes y los criminales. Esta institucion, que constituye el *Ministerio público*, pertenece á las naciones modernas (1). Por medio del derecho concedido á todos, de la pública acusacion, áun para los hechos extraños á cada uno de los ciudadanos, satisfacian los romanos esta necesidad.

El que queria hacerse acusador, debia firmar ante el pretor ó el procónsul el libelo de acusacion, determinando el género de crímen, y comprometerse ademas á proseguir la acusacion hasta la sentencia (2). Esta formalidad tenía, entre otros, el fin de refrenar las acusaciones ligeras y de hacer reflexionar al acusador en el compromiso que echaba sobre sí, y las penas á que se exponia si su acusacion era calumniosa (3).

En un fragmento de Paulo hay un ejemplo en un libelo de acusacion : « *Consul et dies* (es decir, la fecha). *Apud illum prætorem* vel *proconsulem*, *Lucius Ticius professus est se Mæviam lege Julia de adulteriis ream deferre : quod dicat eam cum Gaïo Seio, in civitate* illius, *mense* illo, *consulibus* illis, *adulterium commisisse* » (4).

*Plerumque*. En efecto, ciertas personas no se admitian como acusadores, á no ser que intentasen perseguir crímenes cometidos contra ellos ó contra sus parientes. Y esto, á causa del sexo, como á las mujeres; ó de la edad, como á los pupilos ; ó por delitos propios, como á los infames; y tambien por pobreza, como á los que tenian ménos de cincuenta áureos, y áun por otras razones (5).

II. Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. *Capitalia* dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt, vel aquæ et ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. *Cætera, si quam infamiam irrogant* cum damno pe-

2. Los juicios públicos son, unos capitales, y los otros no capitales. Se llaman *capitales* los que llevan consigo la última pena, ó la prohibicion del agua y del fuego, ó la deportacion, ó el ser condenado á las minas. Los otros, *aunque infaman siempre*, se castigan con penas

---

(1) En la introduccion (tomo I) de la obra sobre el ministerio público en Francia, que compuse con mi amigo M. Lodau, he expuesto extensamente el orígen y la historia de esta saludable institucion.

(2) Dig. 48. 2. 7. § 1. f. Ulp.

(3) Ib. pr.

(4) Ib. 3. pr. 1. Paul.

(5) Ib. 2. f. Papin.—8. Macer. y sig.

cuniario, hæc publica quidem sunt non tamen capitalia.

pecuniarias, son públicos, pero no capitales.

*Capitalia.* Se trata de la significacion propia de esta palabra, tal como debe ser en el derecho penal, y no del sentido vulgar que se le atribuye en el lenguaje ordinario. Esto lo dice Modestino en los términos siguientes : «*Licet* capitalis *latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio* capitalis *mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est*» (1).

*Cætera, si quam infamiam irrogant.* Hay alguna inexactitud en estas expresiones. En efecto, sabemos que muchas acciones privadas infamaban al reo condenado. Ademas, en un fragmento del jurisconsulto Marcerio hemos hallado que no todas las condenas por crímenes llevaban consigo infamia. Es preciso distinguir entre los *judicia publica* y los *judicia extraordinaria :* los primeros llevan consigo infamia siempre; los segundos, sólo en los casos en que la accion privada del delito sea infamante tambien. Por consiguiente, si se perseguia por los medios extraordinarios (*extra ordinem*) un delito de hurto, de rapto, de injuria, la condenacion criminal, aunque no á propósito para un juicio criminal (*judicium publicum*), llevaba consigo pena de infamia, porque la sentencia civil producia este efecto (2).

III. Publica autem sunt hæc : lex JULIA *majestatis*, quæ in eos qui contra imperatorem vel rempublicam *aliquis moliti sunt*, suum vigorem extendit. Hujus pœna animæ amissionem sustinet, et memoria rei *etiam post mortem damnatur.*

3. Los públicos son : la ley JULIA *sobre el crímen de lesa majestad*, que comprendia á las personas que atentaban ó maquinaban contra el emperador ó contra la república. Su pena es la pérdida de la vida, y la memoria del culpable *era infamada áun despues de su muerte.*

Esta ley JULIA MAJESTATIS (3) se atribuye á Julio César, y no á Augusto (4).

*Aliquid moliti sunt.* El intento simple (*qui cogitaverit*) se castigaba tan severamente como la consumacion del crímen (5). Por lo demas, en la legislacion criminal de los romanos, esta regla no es especial del crímen de *lesa majestad :* se hacía extensiva á la

(1) Dig. 50. 16. *De verborum significatione.* 103.
(2) Dig. 48. 1. 7.
(3) Ib. 4. *Ad legem Juliam majestatis.*
(4) Cicer. Philipp. 1. 9.
(5) Cod. 9. 8. 5. const. de Arcad. y Honor.

voluntad criminal no realizada : *Divus Hadrianus,* nos dice Calistrato, *in hæc verba rescripsit : in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (1).

*Etiam post mortem damnatur.* Hemos explicado esta particularidad más arriba, lib. 3, tít. 1, § 5.

IV. Item lex JULIA *de adulteriis* coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum *gladio punit*, sed et eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege JULIA etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus : si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum : si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

4. Ademas, la ley JULIA *de los adulterios*, que *castigaba con pena de muerte* no sólo á los que manchan el tálamo ajeno, sino á los que se entregaban á nefandos pecados con los hombres. La misma ley castiga tambien la seduccion con violencia hecha á una vírgen ó á una viuda de honestas costumbres. La pena para los culpables es, si son caballeros, la confiscacion de la mitad de sus bienes; si de baja condicion, un castigo corporal con relajacion.

La ley JULIA DE ADULTERIIS (2) se dió en el reinado de Augusto, año de Roma 736 ó 737.

*Gladio punit.* La ley JULIA no imponia esta pena, sino, á juzgar por las *Sentencias* de Paulo, la confiscacion de una parte de los bienes solamente de la mujer y de su cómplice, y su destierro á dos islas diferentes (3).

Una constitucion de Constantino, inserta en el Código, es la que establece la pena capital (4).

V. Item lex CORNELIA *de sicariis*, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Gaius noster in interpretatione legum Duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur; sed et omne significatur quod manu cujusdam mittitur. Sequitur ergo ut lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur : dictumque ab eo quod in longinquum mittitur: à græco voce ἀπὸ τοῦ τηλσύ. Et hanc significationem invenire possumus

5. Item, la ley CORNELIA *sobre los homicidas*, que hiere á los homicidas con una espada de venganza, ó á los que van armados de un dardo para asesinar á un hombre. Por dardo, segun lo que Gayo ha escrito en su interpretacion de las Doce Tablas, se entiende comunmente el que se lanza con arco; pero esta palabra designa tambien todo lo que se arroja con la mano: una piedra, un palo, un hierro, están comprendidos en esta denominacion, porque la palabra viene de que la cosa se lanza á lo léjos, y trae su orígen de la pala-

(1) Dig. 48. 8. 14.
(2) Dig. 48. 5. *Ad legem Juliam de adulteriis.*
(3) Paul. Sent. 2. 26. 14.
(4) Cod. 9. 9. 30.

et in græco nomine. Nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit: Καί τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem apellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege et venefici capite damnantur, quia artibus odiosis, tam venenis quam susurris magicis, homines occiderit, vel mala medicamenta publice vendiderint.

bra griega τηλοῦ (léjos). Tambien tenemos igual significacion en la voz griega, porque decimos *telum*, y ellos Βέλος, de la palabra Βάλλεσθαι (arrojar). Esto nos dice Xenofonte cuando escribe: se llevan proyectiles (Βέλη), flechas, hachas, hondas y muchas piedras. Los sicarios son tambien llamados así de *sica*, que significa puñal. La misma ley castiga de muerte á los envenenadores que, con odiosos artificios, venenos y encantos mágicos, hubiesen dado la muerte a un hombre, ó hubiesen vendido públicamente medicamentos dañosos.

Esta ley CORNELIA DE SICARIIS ET VENEFICIS, ó simplemente CORNELIA DE SICARIIS (1), se dió en la dictadura de Cornelio Sila, año de 671 de Roma, ó 673. Más de una vez nos hemos ocupado de ella en el curso de esta obra. Esta misma ley es la que probablemente contenia algunas disposiciones relativas á ciertas injurias.

VI. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ POMPEIA *de parricidiis*, vocatur: qua cavetur ut, si quis parentis aut filii, aut omnimo adfectionis ejus quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit; sive clam, sive palam id ausus fuerit; necnon is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit pœna parricidii puniatur, et neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia solemni pœna subjiciatur: sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia, et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, et ei cœlum superstiti; et terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

6. Otra ley, la ley POMPEYA *sobre los parricidas*, castigaba al más espantoso de los crímenes con un suplicio particular. Segun esta ley, el que hubiese abreviado la muerte de su padre, de su hijo ó de otra persona de su parentela, que pudiese colocarle en el rango de los parricidas, ya hubiese atentado pública ó secretamente, y el instigador ó cómplice, aunque no fuese de la familia, sufrirá la pena de los parricidas. No morirá ni degollado, ni quemado, ni por otra pena ordinaria; sino que, encerra lo en un saco y cosido, con un perro, un gallo, una víbora y una mona, en tal prision angustiosa será segun la naturaleza del sitio en que el reo se encuentre, arrojado al mar ó á un rio, para que el uso de todos los elementos le falte ántes de su muerte, que no vea la luz del cielo, ni su cadáver sea cubierto de tierra. El que hubiese muerto á otras personas cognadas ó afines, sufrirá la pena de la ley *Cornelia* contra los asesinos.

(1) Dig. 48. 8. *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis.*

La ley POMPEYA DE PARRICIDIIS (1) parece que se dió el año 701 de Roma, siendo cónsul Cneyo Pompeyo. El suplicio con que se castigaba al parricida no era nuevo : se derivaba de los tiempos antiguos y de la ley de las Doce Tablas, segun hemos ya dicho en la *Historia de la legislacion*, p. 119. No se aplicaba siempre ni exclusivamente á los parricidas. En la palabra *parricida* la ley Pompeya habia comprendido, no sólo al matador de un ascendiente, sino tambien al de un colateral hasta el grado de primo carnal, á un afin por línea recta, y en el primer grado al patrono y á la patrona. Tambien á la madre y al abuelo, matadores de sus hijos ó nietos, pero no al padre (2).

VII. Item lex CORNELIA *de falsis*, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit; quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege de sicariis et veneficis servatur; in liberis vero, deportatio.

7. La ley CORNELIA *sobre los falsarios*, llamada tambien *testamentaria*, castiga al que hubiese escrito, sellado, leido ó contrahecho un testamento ú otro documento falso; y el que hubiese hecho, grabado ó fijado un sello falso, sabiendo la mala intencion á que se dirigia el que lo encargaba. La pena es, para los esclavos, el último suplicio, como en la ley de los envenenadores y de los sicarios; y la deportacion para el hombre libre.

Esta es la ley CORNELIA DE FALSIS (3), ó CORNELIA TESTAMENTARIA, ó, como la llama Cicerón, CORNELIA TESTAMENTARIA NUMMARIA, porque las falsificaciones de testamentos y de moneda estaban previstas en ella. Se dió, como la ley *Cornelia de sicariis* (4), bajo la dictadura de Cornelio Sila. Ya hemos hablado de ella en el curso de nuestras explicaciones.

VIII. Item lex JULIA *de vi publica seu privata* adversus eos exhoritur, qui vim vel armatam vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis redarguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus,

8. La ley JULIA *sobre la violencia ejercida pública ó privadamente*, dada contra los culpables de haber hecho fuerza á alguno con armas ó ó sin armas. Contra la violencia á mano armada, la pena que impone la ley *Julia* es la deportacion. Contra la violencia sin armas, la confiscacion del tercio de los bienes. Pero en caso de rapto de una vírgen, de una viuda, de una religiosa ó de otra

(1) Dig. 48. 9. *De lege Pompeia parricidiis.*
(2) Dig. 48. 9. 1. Macer.; 3 y 4.
(3) Dig. 48. 10. *De lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano.*
(4) Cicer. *Verr.* 2. 1. 42.

tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostræ constitutionis definitionem ex qua hoc apertius est scire.

mujer, el raptor y sus cómplices sufrirán la pena de muerte, en los términos de nuestra constitucion, donde se hallarán detalles más extensos.

El orígen de esta ley JULIA DE VI PUBLICA ET PRIVATA (1) es incierto y se duda si fué entre César y Augusto. Debe consultarse lo que dicen los títulos del Digesto y las Sentencias de Paulo, sobre todo para aprender á distinguir bien la violencia pública de la fuerza hecha privadamente (2).

IX. Item lex JULIA *peculatus* eos punit, qui pecuniam, vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniantur: et non solum hi, sed, etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjungantur.

9. La ley JULIA, *sobre el peculado*, castiga á los ladrones de rentas y cosas públicas, sagradas ó religiosas. Si son magistrados los que durante su administracion han sustraido las rentas del Estado, sufrirán la pena de muerte, y sus cómplices y los que le oculten; los que infrinjan esta ley serán deportados.

La ley JULIA PECULATUS (3) debe atribuirse á César ó á Augusto: no sabemos á cuál de los dos. El crímen de peculado es el que consiste en robar rentas públicas, sagradas ó religiosas.

X. Est inter publica judicia lex FABIA *de plagiariis*, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

10. Hay ademas la ley FABIA *sobre los plagiarios*, que castiga en ciertos casos con la pena capital, siguiendo las constituciones; y en otros impone más ligeros castigos.

El orígen de la ley FABIA DE PLAGIARIIS (4) es desconocido para nosotros. Solamente sabemos que es anterior á Ciceron, porque la menciona en una de sus oraciones (5). Infringe esta ley el que de mala fe (*dolo malo*) ha ocultado, aprisionado ó vendido, dado ó comprado un ciudadano romano, ingénuo ó liberto, ó un esclavo de otro sin consentimiento de su dueño, porque la ley tiene un segundo párrafo relativo á esto último (6).

---

(1) Dig. 48. tit. VI. *Ad legem Juliam de vi publica;* tit. VII. *Ad legem Juliam de vi privata.* De estos dos títulos diferentes podria inferirse que habia dos leyes Julia, la una para la violencia pública, y la otra para la violencia privada; pero, á nuestro juicio, esto seria equivocado.

(2) Paul. Sent. 5. 26.

(3) Dig. 48. 13. *Ad legem Juliam peculatus et de sacrilegiis, et de residuis.*

(4) Ib. 48. 15. *De lege Fabia de plagiariis.*

(5) Cicer. *Pro Rabirio*, 3.

(6) Collatio leg. Mos. et Rom. 14. § 3. f. Ulp.—Paul. Sent. 5. f. 30.

XI. Sunt præterea publica judicia, lex JULIA *de ambitu*, lex JULIA *repetundarum*, et lex JULIA *de annona*, et lex JULIA *de residuis*, quæ de certis capitulis loquuntur, et animæ quidem amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos subjiciunt qui præcepta earum neglexerint.

11. Entre los juicios públicos tambien se cuentan ademas la ley JULIA *de ambitu*, la ley JULIA *sobre las concusiones*, la ley JULIA *sobre la retencion de cuentas;* relativas todas á casos especiales, y que no llevan consigo la pena de muerte, sino castigos de otra clase contra los contraventores.

JULIA DE AMBITU (1): Dada en tiempo de Augusto (2) contra los manejos ó trazas ilícitas empleadas en comprar, ó violentar, ó corromper los sufragios para hacerse nombrar autoridad pública. Muchas otras leyes se habian dado sucesivamente sobre el mismo objeto ántes de la ley *Julia*. Despues esta ley se hizo inaplicable, porque el príncipe daba los cargos y los honores.

JULIA REPETUNDARUM (3): Se dió por Julio César contra todo juez, ó magistrado, ó funcionario público, que hubiese recibido dinero ú otra cosa cualquiera por no cumplir con su deber, por hacer más ó ménos, y áun por ser justo.

JULIA DE ANNONA (4): No se sabe si es de César ó de Augusto. La palabra *annona*, que significa especialmente trigo, designa aquí todos los víveres.

JULIA DE RESIDUIS: Por analogía va con la ley *Julia peculatus* (5), y se ignora si se debe atribuir á César ó á Augusto. Castigaba á los que indebidamente retenian las rentas públicas, que debian pagar por arrendamiento, compra ú otra causa; ó á los que se les hubiesen confiado para un uso cualquiera, y no la hubiesen empleado, distrayendo los fondos (6).

XII. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito, et quasi per indicem, ea tetigisse; alioquin diligentior eorum scientia vobis exlatioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

12. Pero estas cosas que hemos dicho de los juicios públicos no tienen otro objeto que el llamaros la atencion, y como señalar esta materia con el dedo é indicarla. Por lo demas, más extensamente, en los libros del Digesto y en las Pandectas, es donde, con la ayuda de Dios, podeis adquirir un conocimiento más profundo de ella.

(1) Dig. 48. 14. *De lege Julia ambitus.*
(2) Sueton. Octavian. 34.
(3) Dig. 48. 11. *De lege Julia repetundarum.*
(4) Ib. 12. *De lege Julia de annona.*
(5) Ib. 13. *Ad legem Juliam peculatus, et de sacrilegiis, et de residuis.*
(6) Ib. 2. f. Paul.—4, §§ 3, 4, y 3. f. Marcian.—9. § 6. f. Paul.

FIN DEL TOMO II Y ÚLTIMO.

# ÍNDICE

## DE LAS MATERIAS QUE COMPRENDE ESTE TOMO.

### LIBRO TERCERO.

Páginas.



## LIBRO CUARTO.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO II Y ÚLTIMO.